This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Der

heutige, insbesondere landrechtliche

Darlehns-Vertrag

und die Bedeutung der l. 20 D. XII. 1.

(de rebus creditis)

für denselben.

Ein Beitrag zur Frage der

Realcontrakte

von

H. Storch,
Kreisrichter in Gleiwitz.

Berlin, 1878.
Puttkammer und Mühlbrecht.
Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.
64 Unter den Linden.

JUG
LSW
QVh

Der

heutige, insbesondere landrechtliche

Darlehns-Vertrag

und die Bedeutung der l. 20 D. XII. I.

(de rebus creditis)

für denselben.

Ein Beitrag zur Frage der

Realcontrakte

von

H. Storch,
Kreisrichter in Gleiwitz.

Berlin, 1878.
Puttkammer und Mühlbrecht.
Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.
64 Unter den Linden.

Herrn

Dr. jur. Karl Georg Bruns,

Geheimer Justizrath,

Ordentlicher Professor an der Universität,

Mitglied der Königlichen Akademie der Wissenschaften

in Berlin,

als ein Zeichen besonderer Hochachtung

gewidmet

vom Verfasser.

Als bei der allmälig ſich vollziehenden Reception des römiſchen Rechts das deutſche Rechtsbewußtſein die formellen causae civiles römiſcher Obligationen als etwas ihm Fremdes, mit der ihm eigenthümlichen naturalis causa, d. i. dem Zurückbeziehen der Verpflichtung auf das durch die Willenseinigung der Contrahenten geſchaffene Rechtsgeſchäft, Unvereinbares zurückweiſen zu müſſen glaubte, gelang es der causa: „res“ durch eine Täuſchung der deutſchrechtlichen Auffaſſung dem Untergange ſich zu entziehen und ſeitdem in Theorie und Praxis ein mehr oder minder bezweifeltes Daſein zu friſten. Die Hauptſchuld an dieſer Täuſchung muß der ſyſtematiſchen Behandlung der Lehre von den Verträgen und derjenigen Stellung, welche die gemeinrechtliche Wiſſenſchaft dem römiſchen „pactum“ gegenüber dem „contractus“ anwies, beigemeſſen werden. Aus ihr verpflanzte ſich eine beklagenswerthe Duldſamkeit gegen die jetzt noch ſogenannten Realcontrakte nicht nur in die neuere deutſche Geſetzgebung, ſondern auch in die moderne Rechtswiſſenſchaft, ſo daß noch heutigen Tags die Schulanſichten darüber, ob z. B. der Darlehnsvertrag, dieſer dem täglichen Lebensverkehr geläufigſte aller Contrakte, „re“ oder „consensu“ zu Stande komme, ob das Hingeben „solvendi“ oder „obligandi causa“ erfolge, auf das Mannigfaltigſte getheilt erſcheinen.

So gibt z. B. Unger[1]) zwar zu, daß die Realcontrakte des römischen Rechts, bei welchen nur in Folge der Klaglosigkeit der nuda pacta dem „dare rem“ die Bedeutung beigelegt worden sei, die obligatio zu erzeugen, im heutigen Recht Consensual-Contrakte geworden seien; dies will er aber nur von den auf gegenseitigen Austausch von Leistungen gerichteten Innominatcontrakten verstanden, dagegen alle diejenigen Verträge, bei denen das Geben lediglich den Vortheil des Empfängers bezwecke, und solche, bei denen eine Verpflichtung sich überhaupt nicht ohne vorangegangene Leistung denken ließe, nach, wie vor, als reale Verträge aufgefaßt wissen.[2]) — Gegen die ähnliche Auffassung von Sintenis[3]), welcher die „res“ ebenfalls dort bestehen läßt, wo die Verpflichtung zur Rückgewähr von dem vorangegangenen Empfange bedingt erscheint, stritt schon Dankwardt[4]) mit dem Argument, daß ja auch bei dem unbezweifelt consensuellen Mieths-Vertrage die Verpflichtung des Miethers zur custodia und Rückgewähr vor der Uebergabe entstehe und nur bis zur Uebergabe gewissermaßen in suspenso sei. — Wenn ferner Brinz[5]) den heutigen Realcontrakt eine Mischung aus einem dare und einem untergeordneten obligatorischen (?) Vertrage nennt, so widerspricht ihm zwar Demelius[6]), — aber auch dieser macht die inconsequente Concession, daß man allen-

[1]) In seinem Aufsatz: „Realcontrakte im heutigen Recht“ in Gerber & Ihering's Jahrbüchern, Bd. 8, S. 9.

[2]) — „Oder wird etwa Jemand geneigt sein, dem künftigen Darlehnsgeber die Ergreifung von Maßregeln zur Sicherung seines angeblich bedingten Anspruchs zu gestatten?“ (Worte Unger's a. a. O., Note 6.) Die Beantwortung dieser Frage erübrigt sich schon durch die Bestimmung der §§ 656. 657. I. 11 Allg. Landrechts.

[3]) Im 2. Band seines Lehrbuchs des gem. römischen und deutschen Rechts

[4]) National-Oekonomie und Jurisprudenz, Heft III. S. 63.

[5]) Kritische Blätter, Heft 3.

[6]) „Realcontrakte im heutigen Recht“ in Gerber & Ihering's Jahrbücher Bd. 3. S. 399 ffg.

falls dort noch von Realcontrakten sprechen könne, wo die von dem Empfang bedingte Verpflichtung, zurückzuerstatten, den ganzen Vertragsinhalt erschöpfe. Viel zutreffender sprachen sich schon Siebenhaar[7]) und Plathner[8]) gegen Realcontrakte aus: „gegen die Unterscheidung auch des Allgemeinen Landrechts zwischen mutuum (Realcontrakt) und dem sogenannten pactum de mutuo dando ließe sich Nichts einwenden, wenn man nur festhält, daß in der That nur ein Contrakt vorliegt.[9])" Endlich dürften Keller[10]) und Foerster[11]) unter den entschiedensten Gegnern des Realcontrakts zu registriren sein; sie betonen am bestimmtesten die Bedeutungslosigkeit einer Unterscheidung nach der materiellen causa zwischen dem „re" und dem „consensu contrahere" und stellen es schlechthin als die communis opinio dar, wie die sog. Realverträge nicht mehr durch das Geben, sondern durch die Willenseinigung, auf Grund deren die Hingabe erfolge, ihre bindende Kraft erhielten, also: wie alle heutigen Verträge sogenannte Consensual-Contrakte seien.

Aber wenn auch Foerster „in Folge der jetzigen Giltigkeit des Vertrages über ein zu gebendes und zu nehmendes Darlehn dem nach römischem Recht bei Seite (?) stehenden pactum de mutuo dando[12]) eine andere Beziehung zum Darlehn" zuerkennen muß, insofern „jetzt zwischen beiden das Verhältniß von Vertrags-

---

[7]) Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

[8]) Deutsche Gerichts-Zeitung pro 1863. S. 51.

[9]) Was hat aber alsdann die Unterscheidung noch für Sinn?

[10]) Pandekten, S. 34. 38. 432. 565 ffg.

[11]) Foerster: Theorie u. Praxis 2c. Bd. I. S. 394. Bd. II. S. 235 ffg.

[12]) Diese Auffassung Foerster's, welche an anderen später zu besprechenden Stellen noch deutlicher auftritt, kann nicht anders, als schief, genannt werden. Nie hat nach römischer Auffassung das pactum d. m. d. dem mutuum „zur Seite gestanden". Diejenige conventio vielmehr, die man im gemeinen Recht ganz willkürlich pactum d. mut. dando getauft hat, steckte in dem mutuum mitten drinnen!

abschluß zu Vertragserfüllung entstehe", — wenn immerhin Keller es für „vollkommen müßig" [13]) erklärt, beim Darlehn das p. d. m. d. vom mutuum selbst zu unterscheiden und „dergleichen zwei getrennte einseitige Verträge anstatt eines zweiseitigen anzunehmen": — eine zwingende Widerlegung der gegentheiligen Ansichten resultirt aus ihren, nicht einmal von Schwankungen sich frei erhaltenden Deduktionen immer noch nicht; am wenigsten aber haben sie ein Fundament geschaffen, auf welchem ein mit Folgerichtigkeit sich vollziehender Umbau der schwankenden und zumeist zur entgegengesetzten Auffassung sich hinneigenden praktischen Gesetzgebung ausgeführt werden könnte.

In der That hat noch keines der Landesgesetze neuerer Zeit den realen Darlehnsvertrag ganz fallen gelassen, und so figurirt, da sich andrerseits das Bedürfniß nach dem consensualen Vertrage „über das Geben und Nehmen" eines Darlehns nicht wegdisputiren läßt, das klagbar gewordene pactum de m. dando zumeist neben dem realen Hauptvertrage als ein präparatorischer, aber wesentlich coordinirter Consensualcontrakt.[14]) Je weniger jemals eine innere Berechtigung für diese Nebeneinanderstellung erwiesen worden ist, oder überhaupt erwiesen werden konnte, mit desto größerer Absichtlichkeit und Bestimmtheit tritt sie auf, so, daß es fast wie ein seiner Willkürlichkeit sich bewußter legislatorischer Gewaltakt nicht zu beseitigenden theoretischen Bedenken gegenüber aussieht, wenn z. B. das Oestereich'sche Gesetzbuch ausdrücklich vor der Verwechselung des (realen) „Darlehnscontraktes selbst" mit dem „obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage, ein Darlehn künftig geben zu wollen", zu warnen sich genügigt fühlt.

---

[13]) Nicht als blos „müßig", sondern als direkt unrichtig, unmöglich soll diese Trennung erwiesen werden.

[14]) Vergl. die Zusammenstellung verschiedener Legal. Definitionen vom Darlehnsvertrag bei Foerster a. a. O. S. 239. Note 27.

Auch unser A. L.-R. hat, wie es von seiner pietätvollen Vertrauensseeligkeit dem römischen und gemeinen Recht gegenüber nicht füglich anders zu erwarten war, dem Darlehnscontrakte seinen gemeinrechtlichen Januskopf sorgfältig belassen und, wie die Marginalien der §§ 654 und 661 I. 11 unter Zuhilfenahme besonders der Bestimmungen in §§ 727, 757 zur Genüge beweisen dürften, sowohl dem consensuellen pactum d. m. d., wie der realen mutui datio gerecht zu werden, sich wenigstens bemüht. Wenn den hierin übereinstimmenden Ansichten sämmtlicher bisheriger Landrecht-Commentatoren und der entsprechenden wiederholt entwickelten Auffassung des höchsten Gerichtshofes gegenüber[15]) zuerst und allein Foerster[16]) in §§ 727. 728 a. a. O. nicht ein Zeichen dafür erblickt, daß das Darlehn nach preußischem Recht als Realvertrag aufzufassen sei, so ist sein Argument: „das Hingeben ersetze nur die schriftliche Form, nicht die Willenseinigung" als zum Mindesten nicht recht verständlich zu bezeichnen. Hat denn jemals, etwa im römischen Recht, das Hingeben die Willenseinigung ersetzt? Und wenn die hierbei von ihm (Note 37) angezogene Entscheidung des königl. Ober-Tribunals (Striethorst's Archiv Bd. 21. S. 348) ausführt, daß zur Konstatirung des Darlehns das bloße Zuzählen des Geldes nicht genüge, sondern daß es mit der Absicht und in Folge der Vereinbarung geschehen müsse, daß der Empfänger das Geld zum Verbrauch erhalten, Eigenthümer werden solle, — hat denn durch diese Ausführung etwa Neues, erst für das preußische im Gegensatz zum römischen Recht Geltendes constatirt werden sollen?[17])

[15]) Vergl. die theoretische und praktische Behandlung und Erläuterung der landrechtl. Darlehnsbestimmungen in Koch's Commentar (herausgegeben von Foerster, Hinschius 2c.).

[16]) a. a. O. Bd. II. S. 241.

[17]) Daß auch der römische Darlehnscontrakt trotz seiner unbestritten

Ist demnach bis auf Weiteres der Dualismus des Darlehnsvertrages auch aus dem A. L.-R. nicht zu beseitigen, so ergeben sich Dank den lavirenden Bestimmungen und der ausgleichenden praktischen Rechtsprechung erhebliche Schwierigkeiten für die tägliche Handhabung dieses Geschäfts zwar nicht, wohl aber muß diese Zwiespältigkeit vom theoretischen Standpunkte aus als höchst bedenklich erkannt, ja als geradezu verwerflich bekämpft werden. Oder kann es, — um zunächst nur der äußerlich sich darstellenden Momente zu gedenken, — als des heutigen Standes der Rechtswissenschaft würdig anerkannt werden, wenn wir im Fall des § 661 (I. 11.) die Rückzahlungsverbindlichkeit (die alt-römische obligatio ex mutuo) nach, wie vor, „re", die von dem Rückzahlen selbst so unbegreiflich losgerissene „Befristung" dagegen, ebenso wie die Zinsverpflichtung aus § 729 „consensu"; wenn wir ferner gemäß § 654 in Verbindung mit § 729 jene Hauptverbindlichkeit (der Rückzahlung) erst durch die Hingabe (einseitige Erfüllung), also **später**, als die aus dem Vorvertrage selbst originirende, accessorische Zinspflicht entstehen sehen? — wenn wir weiterhin im Fall des § 661 und § 729 eine ganz eigenthümliche, durch Nichts behobene Collision zwischen der aus der realen Natur des Geschäfts eo ipso resultirenden Kündigung (§§ 727. 728. 761. 762) und der gleichzeitigen, weil consensuell bedungenen Fristbestimmung constatiren und endlich die der deutschen Auffassung so nahe liegende Einheitlichkeit des Darlehns selbst und der Zinsverabredung ihrer getrennten Entstehungsursachen wegen aufgeben

---

realen Natur die Willenseinigung der Contrahenten voraussetzte, insofern das bloße Geben erst durch die conventio den tendenziösen Charakter „res" erhielt, wird später gezeigt werden. Foerster wird wohl selbst am besten fühlen, daß es Mohrenwäsche versuchen heißt, das A. L.-R. gegen Inconsequenzen schützen zu wollen: er selbst erkennt S. 239 in den landrechtl. Bestimmungen ein Schwanken zwischen Real- u. Consensualcontrakt.

müssen? Wo bleibt, fragen wir weiter, die wissenschaftliche Consequenz, wenn wir die solidarische Rückzahlungs-Verpflichtung mehrerer Empfänger eines Darlehns ohne allen zwingenden Grund unnatürlich und willkürlich zerreißen, indem wir sie theils auf den „consensus", theils auf die „res" zurückbeziehen? warum wird hier nicht die res als causa obligationis ganz fallen gelassen, da doch anerkannt werden muß, daß wenigstens die über das Empfangene quantitativ hinausreichende Rückgewährsverpflichtung als „Interception" nicht füglich anders, denn „consensu", entstehen könne?[18]) — Was nöthigt denn schließlich dazu, den Schuldschein (§ 730), diese ohnehin so wunderliche Form eines schriftlichen Vertrages (§ 729), gleichzeitig als bloßes Beweismittel für die eigentliche, reale obligatio mutui, und gleichzeitig als wesentliche Vertragsform für die consensuellen Modalitäten aufzufassen?[19]) Ist denn nicht der consensus als an sich geeignet für die Erzeugung der Hauptobligation auf Rückgewähr auch vom höchsten Gerichtshof ausdrücklich anerkannt, und kann wohl der Consens jemals, wie immer auch der Darlehnsvertrag zu Stande komme, hierbei fehlen?![20])

Alle diese theoretischen Wirnisse und Principlosigkeiten ist nur ein Satz so zu sagen mit einem Schlage zu beseitigen geeignet, und dieser lautet:

> der deutsch-rechtliche Grundsatz von der gegenseitigen Klagbarkeit eines Consensualvertrages „über ein zu gebendes und anzunehmendes Darlehn" begreift das Fallenlassen der römischen Vertragscausa: res als solcher eo ipso in sich: wie ja auch umgekehrt die rein

---

[18]) Koch's Commentar zum A. L.-R. (Foerster, Hinschius ꝛc.) Note 54 zu § 727.

[19]) Ebendaselbst Nr. 55 zu § 729.

[20]) Ebendaselbst Nr. 54 und die dort besprochenen Präjudize.

reale Natur des römiſchen mutuum die rechtliche Möglichkeit eines auf irgend eine Weiſe mit Klagbarkeit auszuſtattenden oder irgend einer Art von Selbſtändigkeit fähigen pactum de mutuo dando mit abſoluter Nothwendigkeit ausgeſchloſſen **hat.**

Wenn ſomit letztere, bisher wohl kaum in dieſer Allgemeinheit aufgeſtellte Behauptung bezüglich der römiſch-rechtlichen Auffaſſung folgerichtig den Ausgangspunkt der nachſtehend verſuchten Erörterung zu bilden hat, ſo ſoll hierbei gewiſſermaßen als Handhabe der Beweisführung die l. 20. D. XII. 1. (de rebus creditis)[21]) benützt werden, weil ſie, wenn auch nicht eine ſyſtematiſch erſchöpfende Begründung, doch aber einen wichtigen und eclatanten Belag für die Anſicht beibringt, daß ein mutuum nicht auf dem Wege vorausgegangener klagbarer **Verpflichtung zum** Geben und Nehmen entſtehen könne. Freilich wird dieſem Zwecke unſere l. 20. wiederum erſt dann dienſtbar, wenn ihr ſelbſt vorher ein gewiſſer Dienſt erwieſen, wenn ſie nämlich der von der älteren gemeinrechtlichen Doktrin[22]) ihr ausnahmslos zu Theil

---

[21]) Julianus ad lib. 18 Digest: Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti; nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret; creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur, si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: benignius tamen est, utrumque valere.

[22]) Die ſpäter hier nur nach den Namen der Autoren citirte Literatur iſt folgende:

Basilic. tom. III. l. 23. tit. 1. mit den Gloſſen des Enantiophan und Stephanus (S. 281 ffg.) — cfr. l. 20. in „corp. jur. cum Accursii commentariis ex glossemat. script. Irnerii etc. — Jacob. Cucatius, ad lib. XVIII Digest. Salvii Juliani recitationes solemnes, Bd. VI. S. 119. — Hug. Donellus, comment. ad digest. Vol. III, S. 126 ffg. — Duarenus, comment.

gewordenen Auslegung entrissen und damit einer Bedeutung wiedergewonnen ist, welche der Berühmtheit ihres Autors Julianus doch einigermaßen zu entsprechen, und ihr die bisher gänzlich versagte[23]) Berücksichtigung bei der systematischen Behandlung des Pandektenrechts zu sichern, geeignet erscheinen dürfte. Und so rechtfertigt es sich, an dieser Stelle auf die der propositio jener lex, wie dem Zweck dieser Erörterung anscheinend fern liegende Frage:

---

fol. 878. — Faber, rational. in pandect. S. 32. — Joh. Voet, comment. ad pandect. f. 491 nr. 14. — Edmundi Merilli ad titul. digest: „de rebus creditis" commentarius (in Oelrich, thesaurus tom. III.). — v. Idsinga, dissertat. de mutuo (in Oelrich, thesaurus S. 156). — Joseph. Averanius, interpretationum juris libri quinque l. V. cap. XI. sect. 2. — Mantica, vatic. lucubrat. de tacitis et ambiguis convent. l. XIII. tit. 40. 48. fol. 91. 109. — Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ꝛc. Bd. XII. S. 43.

[23]) Bei dem Umfang der älteren Literatur über l. 20 (Note 22 erschöpft dieselbe keineswegs) muß es überraschen, daß von allen neueren systematischen Lehrbüchern des römischen Rechts, resp. Erörterungen einzelner Rechtsgebiete nur: v. Meyerfeld (Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht § 10, N. 10) und Schilling (Institut. Bd. III. S. 350) der l. 20 überhaupt Erwähnung thun. Beide sehen in l. 20 einen Fall der Entstehung eines Darlehns durch brm-traditio; aber m. E. ganz zu Unrecht. Offenbar hat Julian sich den streitigen Fall in dem stadium gedacht, daß donationis causa bereits gegeben war, und daß nun die Rückgabe mutuandi causa bevorstand: daher die Redewendungen: „an credita **fieret?**" ferner: „si is, qui . . . , acceptam **dederit!!**"

Im Uebrigen verdankt l. 20 ihr Schicksal der vollkommensten Nichtbeachtung — kein einziger Pandektist citirt überhaupt nur unsere lex — offenbar der als unrichtig nachzuweisenden Auffassung durch Cuiatius und Genossen, welche vermuthlich als so unantastbar gegolten hat, daß bisher Niemand eine nähere Untersuchung auch nur versucht hat. Die landläufige Erklärung läßt allerdings l. 20 als eine ganz „müßige Tüftelei", „mit welcher, nach Glück, hätte schikanirt werden können", erscheinen. Auch die Aufnahme in l. XII. tit. 1. digest. ist so gar nicht zu begreifen, weil die sehr überflüssige Frage nach der Schenkung doch als Hauptfrage zu erachten ist, der gegenüber die Darlehnsfrage als durchaus untergeordnet erscheint. Das gerade Gegentheil resultirt aus der hier aufzustellenden Erklärung unserer lex.

liegt Schenkung einer Geldsumme vor, wenn der Beschenkte verpflichtet wird, das geschenkt erhaltene Geld dem Schenkenden als Darlehn (zurück) zu geben?

ausführlicher einzugehen, um durch Erledigung dieser Vorfrage den richtigen Gesichtspunkt für die Beurtheilung der von Julian gegen das Zustandekommen eines Darlehns erhobenen, vermöge der aequitas aber überwundenen Bedenken zu gewinnen.

Als eine der fundamentalen Vorbedingungen des Begriffs „donatio“ erheischte das strenge römische Recht eine Vermögensverminderung auf Seiten des einen, und eine correspondirende Vermögensbereicherung auf Seiten des anderen Contrahenten, ein „pauperior“ [24]) und ein locupletior [25]) fieri; [26]) und es konnte demgemäß die Schenkung einer Summe (pecunia) Geldes nicht füglich anders gedacht werden, als, indem das Eigenthum an derselben der Absicht der Interessenten entsprechend auf den Beschenkten überging, so zwar, daß derselbe zur Erstattung weder in specie, wie beim Commodat, noch in genere, wie beim mutuum, verpflichtet war. An diesen Gedanken anknüpfend kommt die ältere Doktrin mit Cuiatius an der Spitze (Note 22) zu dem Schluß:

Julian sei im Fall der l. 20 — in Uebereinstimmung mit Ulpian [27]), aber im Widerspruch mit Hermogenian [28])

---

[24]) l. 5. § 8. l. 9. § 3. l. 11. D. 39, 5. — l. 55. D. 44, 7.

[25]) l. 1. D. 39, 3. l. 5. § 8 l 16. 28. D 24, 1. — l. 3. D. 41, 6.

[26]) v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 9 Windscheidt, Pandekten § 385, Note 6.

[27]) Ulpianus lib. 61 ad edictum: Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur. (l. 55. D. 46, 3.)

[28]) Hermogenianus (lib. 6 juris epitomarum): Ea lege donationis causa pecuniā Titio numeratā, ut statim donatori mutuo detur, non impeditur

und Marcellus[29]) — der Ansicht gewesen: daß das Eigenthum an der Geldsumme auf den Geschenknehmer, welcher er ex causa mutuandi auf den Schenkenden zurück zu übertragen verpflichtet werde, gar nicht erst übergegangen sei, weshalb denn auch eine Schenkung überhaupt negirt werden müsse.

Non est donatio — sagt Cuiatius — quia non ea mente dedi, ut pecunia omnimodo penes te esset, sed ut mox mihi eam dares, et qui dat, ut mox recipiat, dare non videtur (l. qui sic solvit D. de solut.): non alienantur, inquit, nummi, qui ita dantur, ut recipiantur statim. Nam et lusorius hic actus esse videtur, dare et continuo recipere, nec enim datur in plenum, ut loquitur (l. si heres Dig. de statuliberis)[30]). — Auch Voet, ebenso Merill und Averanius, greifen in gleicher Weise auf Ulpian's Ausspruch zurück:

Julianus negat esse donationem, quasi dominium non sit translatum — — eo, quod nummi, quos donavi, ut mox reciperem, non videntur ex meo dominio exivisse; — — cum igitur accipiens non sit factus pecuniae dominus ex lege: qui sic solvit.

Besonderer Erwähnung werth ist es, wie Glück das omnimodo penes accipientem manere (l. 20) ausdrücklich mit „für

dominii translatio: ac propterea iisdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quaeritur (l. § 1. D. 39, 5.).

[29]) Marcellus lib. 13 digest.: — — etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur, quod non possit videri is, qui accepit, ut ei, a quo accepit, retro reddat, solvisse potius, quam reddidisse. l. 67. D. 46, 3. — Die Lesart reddidisse ist aus den von Faber recitat. solem. angegebenen Gründen allein richtig.

[30]) Auch dieser Fall läßt sich durch l. 55. D. 46, 3. ebensowenig erklären, wie unsere l. 20. Nicht der Umstand, daß der heres das Geld schließlich zurück erhält, schließt einen Eigenthumsübergang aus; vielmehr ist eine Schenkung deshalb nicht zu Stande gekommen, weil auf Seiten des Beschenkten keine Vermögensbereicherung entstand: Freiheit war kein Vermögensobjekt!

immer" widergibt, faſt, als ob er ſich geſcheut hätte, von der nun einmal betretenen falſchen Bahn abzulenken und durch die richtige Ueberſetzung: „ſchlechterdings, unter allen Umſtänden" der ſo nahe liegenden richtigen Erklärung Eingang zu verſchaffen. Und doch hatten ſchon Voet und Ydſinga der Wahrnehmung ſich nicht verſchließen können, daß l. 55. D. de solutionibus doch füglich nicht da Anwendung finden könne, wo es ſich nicht um „ein Zurückgeben ſchlechthin" handle: utrumque tamen ex benignitate valet: tum, quia l. 55 demum obtinet, si nulla ad accipientem utilitas ex tali donatione perveniat — — cum pecunia ad eum reverti non videatur, sed potius abesse (l. 29. D. 30, 5) et pecunia donata perpetuo videtur manere apud donatarium, quippe qui actionem ad eam petendam habeat (l. 15. D. 50, 17).

Noch zutreffender ſpricht ſich Faber aus: cur namque impediatur translatio dominii ex causa donationis, ob id solum, quod redeat statim pecunia ad donatorem, cum redeat ex nova causa sive mutui, sive alia qualibet. Quo casu certe locum non habet, quod scriptum est in l. qui sic D. de solut., sed tum demum, cum nihil commodi aut juris remansurum est penes primum accipientem, ut bene hic notat Bartolus in l. servus dotalis 58 D. de solut. matrim.

Wenn man trotz dieſer Erkenntniß zu keinem weiteren Reſultat gelangte, als zu dem, daß man die ſich ſelbſt reprobirende Schlußentſcheidung in l. 20: „Sed haec intelligenda sunt etc." auf den unverkennbaren Unterſchied zwiſchen l. 55 des Ulpian und l. 20 des Julian zurückführte, ſo dürfte dies der auctoritas des Cuiatius nicht mit Unrecht zuzuſchreiben ſein, welcher eine weſentliche Differenz in den Anſichten beider Rechtsgelehrter überhaupt geleugnet hatte: neque obstat huic benignae rationi, quod ante dictum est ex l. qui sic solvit: eum, qui dat vel

donat, ut mox recipiat, dedisse non videri, vel quod in l. si quis duos eod. tit.: eum, qui accepit, ut id, quod accipit, mox danti reddat, accepisse non videri. Nam haec omnia dicuntur et nituntur subtili ratione. Verum voluntas contrahentium certe hoc exigit, ut insuper habitā et omissā ista subtili ratione et praeteritā negotia ita gesta approbentur et confirmentur.

Auch Merill glaubt sich damit begnügen zu können, daß er darauf verweist, wie Ulpian dem strengen Recht, Julian dagegen, zumal als Sabinianer[31]) der Billigkeit den Vorzug gegeben habe. Allein mit solchen, so ganz allgemein gehaltenen Erwägungen (um nicht zu sagen: Redensarten) ist die Sache nicht abzuthun.

Findet l. 55. D. 46, 3 auf den Thatbestand unserer l. 20. Anwendung, nun so liegt ein Widerspruch vor, welchen die aequitas des römischen Rechts zu beheben nicht im Stande ist, sofern man sie nicht für etwas Unbewußtes, dem vagen Gefühl subjektiver Willkür Anheimgegebenes zu halten geneigt ist; andernfalls ist ein zu behebender Widerspruch überhaupt nicht vorhanden. Dieser Alternative gegenüber kann eine gewisse Consequenz in dem Faber'schen Schlusse nicht verkannt werden:

> „Julian sei nun einmal von der unrichtigen Ansicht, daß Eigenthum an der Geldsumme in l. 20. nicht über-

[31]) Sabinianismus mit „aequitas", oder gar „persönlicher Milde" zu identificiren, ist ganz verkehrt. Der Unterschied der beiden Schulen dürfte vielmehr dahin zu präcisiren sein, daß die Sabinianer als mehr praktische, nach Erfahrungen urtheilende Köpfe grade am Buchstaben des Gesetzes festhielten, die Prokulejaner dagegen als mehr spekulative Denker auf die ratio eines Gesetzes einzugehen verstanden. Wo also die letzteren die Anwendbarkeit eines Gesetzes auf einen anscheinend ferner liegenden concreten Fall aus der Absicht des Gesetzgebers heraus nachwiesen, mußten die Sabinianer, um zu demselben Resultat zu gelangen, zu der ihnen durch die aequitas geboten erscheinenden Analogie greifen. Dieser Gesichtspunkt kommt grade bei der propositio unserer l. 20 zur Geltung.

tragen werde, durchdrungen gewesen und sei deshalb von Marcellus in l. 67. D. 46, 3. getadelt worden; die darnach aber unhaltbare Schlußentscheidung: „sed haec intelligenda“ — — rühre gar nicht von Julian her, sondern sei eine Interpolation von Tribonian oder einem unverständigen Interpreten, welcher den Widerspruch mit Hermogenian (l. 33. § 1. D. 39, 5.) habe beseitigen wollen.“ [32])

Ein Blick auf l. 55. selbst und die ihr innerhalb der Justinianeischen Compilation zugewiesene Stellung im Titel „de solutionibus“ klärt darüber auf, daß dieselbe mit unserer l. 20. de rebus creditis nicht das Geringste zu thun hat. Dort handelt es sich um die Aufhebung einer auf Zahlung gerichteten Obligation und es wird constatirt, daß, damit diese Aufhebung wirklich erzielt werde, die numeratio mit eben dieser Absicht geleistet werden müsse, weil, wenn der animus etwa auf Rückempfang der gegebenen nummi in natura gerichtet sei, lediglich eine Scheinzahlung (dicis causa), oder ein Commodat begründet werde, die ursprüngliche Obligatio aber nach wie vor bestehen bleibe.[33])

Bei dieser Auffassung der l. 55, wie sie ihr übrigens sonst durchgängig, auch von Cuiatius selbst, zu Theil geworden[34]),

---

[32]) Den über diese Conjektur entstandenen Streit hat Glück a. a. O. ausführlich erörtert. Eine Widerlegung dieser durch Nichts gebotenen Conjektur erübrigt sich, weil die Möglichkeit der behaupteten Interpolation die als falsch nachzuweisende Auffassung unserer lex 20 voraussetzt.

[33]) Thibaut, Pandekten, vergl. l. 4. D. 13, 6.

[34]) Cuiat. recitat. ad l. 2 D. de rebus creditis und Car. Anu. Fabrot. replicatio adversus Cl. Salmasium. Salmasius hatte unter Berufung auf l. 55, D. 46, 3. bestritten, daß im mutuum eine alienatio liege, wurde aber mit dieser Verwechselung von Veräußerung der nummi, und Veräußerung der Summe zurückgewiesen. Vergl. Höpfner, Institut-Commentar, § 766. — Glück, Bd. XII. S. 31.

kann von deren Bedeutung für l. 20 und also auch davon nicht länger die Rede sein, als ob Julian an einem Uebergange des Eigenthums auf den Beschenkten gezweifelt hätte, zumal hier nicht einmal an Rückempfang derselben nummi, wie in l. 33. § 1. D. 39, 5, gedacht zu werden braucht.

Das richtige Verständniß der Meinung Julians knüpft sich vielmehr an ein anderes Requisit des Begriffes donatio, nämlich an die ihm im Gegensatz zu der ob rem datio eigenthümliche lucrativa causa. Es gehörte zum Wesen der Schenkung nicht allein eine Vermögenszuwendung, sondern es mußte auch diese Vermögenszuwendung auf reiner Liberalität basiren, die Freigebigkeit mußte mit Ausschluß jedes anderen Zweckes Selbstzweck sein.[35]) Die Gabe mußte gratis, lediglich amicitiae, liberalitatis causa erfolgen, während die Vorleistung des Innominatcontrakts (do, facio) nur in der Erwartung und wegen der Gegenleistung (ut des, ut facias) geschah: daher der schroffe Gegensatz zwischen lucrativa causa donationis einerseits und dem „negotium, contrahere, obligare“ andrerseits.[36])

Trotzdem hat die fortschreitende Rechtsentwickelung ein Mittelding zwischen reiner Schenkung und reiner ob rem datio,

---

[35]) v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I, S. 23—25. — Bähr: „Anerkennung als Verpflichtungsgrund“:

„— — der Charakter der Schenkung besteht also in der Identifi-
„cirung der Vermögensübertragung mit ihrem Zweck, mithin in der
„Negation einer anderweiten causa l. 1 pr. D. 39, 5.“

Mit dem animus donandi ist nicht zu verwechseln das Motiv der Schenkung, z. B. Wohlwollen gegen den Empfänger, die Hoffnung, dessen Freundschaft zu gewinnen ꝛc.

Windscheidt, Pandekten, § 365 Note 4. — v. Meyerfeld, I, S. 27. Das Vereiteln solcher Hintergedanken thut der Giltigkeit der Schenkung keinen Abbruch, weil es gleichgiltig ist, wodurch die liberale Absicht hervorgerufen worden ist. (l. 3. § 7. D. 12, 4.)

[36]) l. 18. D. 39, 5.; l. 3 § 1. D. 44, 7.; l. 9. pr. D. 12, 4.; l. 24. § 4. D. 24, 3. — v. Savigny, System Bd. III. § 154.

u. z. in zwiefacher Weise geschaffen. Hierher gehören zunächst die Fälle, in denen Gegenleistung zu Vorleistung in einem derartigen beabsichtigten Mißverhältniß stand, daß die Differenz unter den Gesichtspunkt der Freigebigkeit gebracht und insoweit das Geschäft auch als Schenkung beurtheilt werden mußte (negotium cum donatione mixtum). Andrerseits wurden Schenkungsgeschäfte constatirt, in welchen die ursprüngliche Liberalität in Folge einer Selbstbeschränkung des Schenkungs-Willens durch eine dem Geschenknehmer gelegentlich aufgelegte Verpflichtung nicht ganz, aber doch theilweise wieder aufgehoben wurde. Dies sind die Fälle der sogenannten donatio sub modo.[37])

Das Wesentliche des modus also ist, daß er unter allen Umständen, auch wenn er lediglich das Beste des Beschenkten selbst abzielt, eine beschränkende, den Beschenkten durch die Annahme des Geschenks ihrem Inhalte nach verpflichtende Auflage darstellt. Zwar verwandelt er die Schenkung nicht in eine ob rem datio, — denn einerseits erfolgt ja immer noch eine Bereicherung und andrerseits wird der Selbstzweck „Liberalität" nicht intensiv, sondern nur gewissermaßen extensiv alterirt, — dennoch wird das Wesen reiner Schenkung in seiner Consequenz:

daß eine Schenkung den Beschenkten doch unmöglich verpflichten könne,

insoweit verletzt, daß eine solche modale Schenkung so zu sagen als ein eigenthümliches **neues** Rechts-Institut in die Erscheinung tritt.

Und Das und nichts Anderes hat Julianus in l. 20,

---

[37]) In diesem technischen Sinne wird modus in l. 17. § 4. D. 35, 1. und in den Titeln Dig. XXXV. 1., Cod. VI, 45 und VIII. 55. gebraucht. — v. Savigny, Bd. IV. S. 280. — Heimbach in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VII. S. 223. — Erxleben, Rückforderung erfolgloser Leistungen, S. 251 ffg. — v. Meyerfeld, § 20 a. a. O. — Unger, System des österr. allgemeinen Privat-Rechts, Bd. II. S. 223 ffg. — Foerster a. a. O. Bd. I. S. 122 ffg.

wo eine Geldsumme: „sub modo, daß dieselbe dem Geschenkgeber darzuleihen sei“, geschenkt wird, gemeint, wenn er sagt:

> Dixi, in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti; nam talem contractum non donationem esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret.

Also eine donatio sub modo liegt in unserer l. 20 vor, eine solche aber ist eine impropria (d. h. eigentlich nicht Schenkung), und es beruht diese Improprietät darin, daß das Geschenk dem Beschenkten nicht schlechthin (omnimodo), sondern vielmehr certo quodam modo verbleiben, der Beschenkte also entgegen dem Wesen einer eigentlichen Schenkung zu Etwas verpflichtet werden sollte!

Könnte gegen diese Auffassung noch ein Zweifel bestehen, so wird derselbe schließlich durch einen Blick auf l. 1 pr. D. de donationibus (39, 5)[38]) und auf die Art und Weise, in welcher derselbe Rechtsgelehrte die donatio sub conditione und mortis causa gleichfalls als impropriae donationes hinstellt, beseitigt; und es erscheint deshalb kaum begreiflich, wie die ältere Doktrin sich dieser Auffassung hat verschließen und immer wieder auf den Zweifel an der Eigenthumsübertragung hat rekurriren können, obwohl z. B. Duaren[39]) ganz ausdrücklich betont: donatio enim

---

[38]) Julianus l. XVII. Digest.: Donationes complures sunt: — — — — haec proprie donatio appellatur; — — — non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio cum conditione est. — — —

[39]) Trotzdem schließt auch Duaren seine Deduktion: — — donationem quidem valere, ut transferatur dominium pecuniae in accipientem ex causa donationis. — Wenn Cuiatius sagt: donatio autem non solet accipientem obligare, so ist damit dasjenige Moment richtig erkannt und bezeichnet, welches eine don. sub modo zu einer impropria d. macht; wie steht es nun aber mit der Nutzanwendung?! : — qua ratione etiam donari non videtur, cum ita datur, ut id, quod accipit, mox alii det (l. 5. § si quis certam D. de iure

dici non potest, si proprie donatio accipiatur, quia donatio proprie dicitur, cum aliquid confertur in alium ita, ut nihil alio nomine vel dare vel facere cogatur is, qui accipit. Leider macht er aber von dieser Erkenntniß keinen Gebrauch.

Nunmehr erscheint denn auch die Schlußentscheidung Julian's: „utrumque valere, benignius est" durchaus correct. Der Sabinianer erachtet eine donatio sub modo wegen des heterogenen Elements eigentlich nicht für donatio, wendet indessen die für Schenkungen überhaupt geltenden Grundsätze aus Billigkeit auf modale Schenkungen analog an[40]) und subsummirt sie also dem

dotium), vel cum servus alicui ita datur, ut continuo eum manumittat (l. Aristo D. de donat). Hier zeigt sich recht klar, mit welcher Oberflächlichkeit selbst Cuiatius die Quellen behandelte: in beiden citirten leges wird nämlich das Vorhandensein einer donatio nicht deshalb geleugnet, weil der Beschenkte eine Verpflichtung übernimmt, sondern weil diese Verpflichtung jede Vermögensbereicherung absorbirt, also, weil hier nicht einmal eine modale Schenkung übrig bleibt. Grade die letztere lex 18. D. 39, 5 unterscheidet ja ausdrücklich zwischen dem Fall, wo der Sklave continuo, und dem Fall, wo er post quinquennium manumittirt werden soll: im ersteren ist gar keine Schenkung, im letzteren allerdings Schenkung, und zwar d. sub modo, vorhanden.

Auch Merill: „pacta, quae fiunt contra substantiam contractuum, immutant ipsos contractus, ut in aliud genus contractus transeant l. 80 § ult. D. de contrah. empt. l. 16 D. de praesc. verbis" trifft durchaus das Richtige, aber während er von der d. sub modo sprechen will, geräth er unbewußt in die d. cum conditione: substantia donationis in eo consistit, ut res donata fiat accipientis neque ullo casu ad eum, qui dedit, revertatur. Dies ist das Charakteristische der conditio resolutiva, nicht des modus. Zwar kann auch bei letzterem in Folge der condictio causa data ein Rückgeben des Geschenkes erfolgen, dies ist aber hier eine spätere zufällige Folge; das Significante des modus ist vielmehr, daß er eine Verpflichtung schafft, wo eine solche von vornherein unmöglich ist, was wiederum für die conditio, auch die potestativa, nicht Platz greift.

[40]) Insofern liegt in unserer lex 20 zugleich ein bisher noch nicht gewürdigtes Entscheidungs-Moment für den insbesondere von v. Savigny — System, Bd. IV. § 154 not. m. u. § 175 — und von Mühlenbruch (Pandekten § 443—445) vertretenen Streit, ob die donat s. modo der Insinuation bedarf. — Auch die gemeinrechtl. Praxis war in Behandlung der d. s. m nicht immer consequent, Seuffert's Archiv Bd. V. S. 168 u. Bd. I. S. 367.

generellen Begriff donatio in äußerlicher Weise, während ein Prokuleianer von der Erwägung aus,

> daß der modus grade ein Mittel ist, den von Anfang an nicht auf das Geben einer Geldsumme schlechthin, sondern gewissermaßen exclusive der zeitigen Disposition und Nutzung, gerichteten Schenkungswillen in diesem Umfange zur Geltung zu bringen,

die donatio sub modo als wirkliche donatio anzuerkennen nicht Anstand genommen hätte.

Nunmehr erscheint der Eingangs dieser Exkursion in Aussicht genommene selbständige Gesichtspunkt für die Untersuchung,

> „kommt auf dem in lex 20. beschriebenen Wege ein **Darlehn** zu Stande?"

gewonnen.

Hätte eine Eigenthumsübertragung auf den Beschenkten nicht Statt gefunden, so konnte derselbe mit dem empfangenen Gelde selbstverständlich ein Darlehn nicht geben, weil er zu diesem Zweck das Eigenthum an dem Gelde auf den Geschenkgeber und Darlehnsnehmer zurück zu übertragen hätte in der Lage sein müssen.[41]) Vielmehr wäre das Rückgeben des sine causa in Besitz übernommenen Geldes nicht nur magis exsolvendi, quam obligandi causa erfolgt, sondern überhaupt nur restituendi causa: die Frage nach der Eigenthumsübertragung donationis modo war also eine die Möglichkeit eines Darlehns präjudicirende Vorfrage. Ist dagegen diese Frage als von Julian überhaupt nicht angeregt gänzlich außer Acht zu lassen, so entsteht nunmehr zu durchaus selbständiger Erwägung die weitere und eigentliche Schwierigkeit

---

[41]) pr. Inst. III, 14. l. 17 pr. D. 2, 14. l. 2 § 2 D. 12, 1: si non fiat tuum, non nascitur obligatio. — Windscheid, Pandekt. II. § 370. N. 4. — Cuiat. observat. lib. XI. cap. 37. n. 40: mutuum a mutatione pecuniae cum pecunia.

der l. 20., inwiefern nämlich hier das Geben des Geldes an den Darlehnsempfänger magis solvendi, quam obligandi causa erfolge, und warum dies, wenn es der Fall, dem Zustandekommen eines Darlehns hinderlich sein solle.

Den ersten Theil dieser Frage hat bereits die anderweit gefundene Erklärung des Schenkungsfalles überzeugend beantwortet. Nachdem das römische Recht den modus bei Schenkungen als ein berechtigtes Institut anerkannt hatte, griff es wegen der wesentlichen Aehnlichkeit desselben mit der Gegenleistung des sog. Innominatcontraktes[42]) zu den aus letzterem entspringenden Rechtsmitteln, der praescriptis verbis actio und der condictio (causa data, causa non secuta etc.), mit welchen geeigneten Falls die Leistung der modalen Verpflichtung durchgesetzt, oder bei Nichterfüllung das ganze Geschenk zurück gefordert werden konnte. Insofern also löst in l. 20. das Geben Seitens des Beschenkten seine hierauf gerichtete Verbindlichkeit, und es bleibt also nur zu erörtern, warum das Geben nicht gleichzeitig einer Verpflichtung genüge thun und eine andere sollte begründen können. Wieder ist die ältere Doktrin mit einer Beseitigung auch dieser Bedenken noch dazu von einem Standpunkte aus, welcher zu ganz anderen Consequenzen hätte führen müssen, rasch bei der Hand: — — et

[42]) Dies muß mit v. Savigny (Bd. IV, § 175) angenommen werden. Die abweichende Ansicht von Erxleben (Rückforderung ꝛc. S. 251 ffg.), welcher die don. s. modo in coordinirtem Verhältniß zum Innominatcontrakt unter den gemeinschaftlichen Gesichtspunkt der ob rem datio stellt, also die donatio als „Mittel" zur Erreichung des Zwecks „modus" ansieht, ist unfruchtbar. Wenn bei Nichterfüllung des modus nicht blos der dem modus etwa entsprechende Betrag der Schenkung, sondern die ganze Schenkung zurückgefordert werden kann, so nöthigt dies nicht dazu, in der modalen Schenkung eine wirkliche ob rem datio zu suchen: der Gesichtspunkt der „Undankbarkeit" genügt völlig zur Erklärung dieser Rechtsfolge. — Die von Erxleben für seine Anschauung ganz besonders betonte l. 2. § 7. D. 39, 5. spricht lediglich von der Unterscheidung, ob eine Verwendungsvorschrift ernstlich gemeint, also als modus, oder als bloßer Rath beigefügt sei.

vero (ſagt Faber) cum per stipulationem possit qui obligari ad credendam pecuniam ita, ut, si postea non credat, teneri debeat eo nomine ad id, quod interest (l. si poenam stipul. D. de Verb. Oblig.), quidni possit etiam donatarius ad id ipsum se obligare per pactum in ipsa donatione aut in continenti appositum?[43]) Dabei überſieht Faber, daß die stipulatio keine Klage auf Hergabe eines verſprochenen Darlehns, ſondern nur auf das Intereſſe, erzeugt, während in l. 20. die actio praescriptis verbis direkt das Geben erzwingt.

Wenn ferner ſchon Duaren ſo deducirte:

> verum quidem in hac specie, eum, qui pecuniam mutuo dat, animum habere liberandi se ab eo obligatione, qua tenetur: sed habet etiam animum contrahendi obligationem, ut in l. „in traditionibus D. de pactis“ idem dicitur de eo, qui vendit aliquam rem secundum voluntatem testatoris,

ſo läßt er zunächſt den Unterſchied zwiſchen einer durch Teſtament aufgelegten und einer durch Vertrag übernommenen Verbindlichkeit ganz bei Seite und überſieht ſodann in l. 20. die Perſonen-Einheit Deſſen, mit welchem contrahirt werden ſoll, und Deſſen, dem gegenüber man, zu contrahiren, ſich verpflichtet hat, eine Perſoneneinheit, welche von weitreichenden Rechtsfolgen begleitet erſcheint. In der That nämlich — und das iſt hier das Entſcheidende — liegt in l. 20. eine Vereinbarung

„über ein künftig zu gebendes und zu nehmendes Darlehn“,

ein heut ſogenanntes pactum de mutuo dando vor, inſofern der

[43]) Das Eingehen auf die Frage, ob eine Handlung gleichzeitig exsolvendi und obligandi causa erfolgen könne, involvirt wiederum eine ganz auffallende Inconſequenz gegenüber der ſo allgemein feſtgehaltenen Auffaſſung, wonach Eigenthum nicht auf den Beſchenkten übergegangen iſt. Für dieſen Fall hätte von einem „obligare“ doch überhaupt auch nicht entfernt die Rede ſein können!!

Geſchenknehmer durch die Acceptation der Schenkung nach Inhalt des derſelben beigefügten modus zur Hingabe des Darlehns verpflichtet wird und Geſchenkgeber bereits durch Beifügung des modus ſeine Bereitwilligkeit, ſich durch Rückempfang des Geldes ex causa mutui verpflichten zu laſſen, definitiv erklärt hat. Das Ueberraſchende aber hierbei iſt, daß dieſes pactum, losgelöſt von dem erſt künftig gewollten mutuum, mit wenigſtens einſeitiger Klagbarkeit ausgeſtattet, alſo mit einem dem römiſchen Recht durchaus fremden Anſchein von Selbſtändigkeit auftritt.

Daß aber in der That das, was man heut unter pactum de mutuo dando verſteht, jemals als ein auch nur mit einem Anflug von eigener Exiſtenzberechtigung oder Selbſtändigkeit (ganz abgeſehen von der Klagbarkeit) zu denkendes Abkommen aufgefaßt und zum mutuum (der mutui datio) ſelbſt etwa in das Verhältniß einer jenem Hauptvertrage zufällig voranſtehenden, oder auch willkürlich fortzulaſſenden präparatoriſchen Zuthat gebracht worden wäre, muß **für das römiſche Recht** auf das Entſchiedenſte in Abrede genommen werden.

Nach dem Vorgange des gemeinen Rechts hat man ſich daran gewöhnt, bei der ſyſtematiſchen Behandlung des römiſchen Rechts die pacta und contractus wie zwei in ſich verſchiedene, von einander unabhängige Hauptgruppen von Rechtsformationen hinzuſtellen, woran ſich die weitere Untertheilung der pacta in ſogen. nuda und vestita knüpft. In dieſer Eintheilung liegt etwas Schiefes, inſofern der generelle Begriff pactum die contractus ſtreng genommen mit umfaßt. Als nun im gemeinen Recht alle pacta klagbar wurden, vergaß man darauf, daß eine Anzahl pacta bereits in ihrer Eigenſchaft als contractus klagbar waren, und ließ ſich ſo verleiten, den mitübernommenen **Real**contrakten nunmehr diejenigen pacta, welche die durch „res“ zu erzeugende obligatio präparatoriſch zum Gegenſtand

hatten, als selbständige Separatcontrakte consensualen Charakters gegenüber zu stellen. Entspricht auch der geläufige Satz, „daß die Klaglosigkeit der pacta zu der Nothwendigkeit einer causa civilis geführt habe", dem römisch-rechtlichen Verhältniß zwischen pactum und contractus schon besser, als obige direkte Nebeneinanderstellung, so liegt in ihm doch immerhin noch ein Deduciren so zu sagen a posteriori, während vielmehr a priori das Verhältniß heraus construirt werden muß.

Der Ulpian'sche Ausspruch (l. 1. pr. D. 2, 14): „quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?" war nicht der Ausgangspunkt, nicht eine erste Bethätigung des erwachten römischen Rechtsbewußtseins, sonst hätte folgerichtig jedes pactum, eine jede conventio als „duorum pluriumque in idem placitum consensus" (l. 1. § 2. D 2, 14) schlechthin eine obligatio, ein „vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis jura (pr. Inst. III, 14) erzeugen müssen. Die primitiven Lebens- und Verkehrsverhältnisse des alten römischen Volks und der zum Realismus hinneigende Grundzug seines Charakters brachten es vielmehr mit sich, daß die Vorstellung eines auf staatlichen Schutz Anspruch gebendes Rechtsverhältnisses nicht an die bloße Erklärung zweier subjektiver Willen anknüpfen konnte: erst mußte etwas Reelles, Substanzielles in die sichtbare Welt eintreten, der abstrakte Wille mußte eine concrete Gestaltung, gewissermaßen eine greifbare Bestätigung erhalten, um den Begriff „obligatio" zu gewinnen. Diese Substanz[44]) der conventio, d. i., was sich auf Grund einer Willenseinigung Thatsächliches unter den Contrahenten zutrug, heißt deshalb auch causa obligationis, weil sie, nicht die conventio für sich, als das den freien

[44]) — quia expleta est numeratione substantia obligationis l. 6. D. 14, 6. — Obligationum substantia consistit etc. l. 3. pr. D. 44, 7.

Willen bindende Moment gedacht wurde: cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem (§ 4. l. 7. D. 2, 14). Wenn neben den causae: „scriptura“ (literae), „verba“ (stipulatio) und „res“ in einzelnen bestimmten Fällen die Begriffe conventio, consensus einerseits und causa andrerseits sich gegenseitig deckten[45]), die obligatio (actio) also direkt der conventio entsprang[46]), — quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio —, so mag der Grund hierfür darin zu suchen sein, daß die hierher gehörigen obligationes zu den im täglichen Leben häufigsten bonae fidei contractus gehörten, also auf Gegenseitigkeit beruhten, so daß die jedesmalige Verpflichtung des einen Theils durch die correspondirende Verbindlichkeit des anderen garantirt und in der dadurch bedingten reellen Bestimmtheit der obligatio deren substanzielle Basis gegeben erschien.[47])

Eine obligatio resp. ein contractus[48]) beruht sonach auf der Zusammenwirkung von formeller causa civilis und conventio (pactum): nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non in se habeat conventionem: sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est (l. 1. § 3. D. 2, 14., l. 55. D. 44, 1.).[49])

[45]) Was sofort das Uebergehen der conventio „in aliud nomen“ zur Folge hatte. l. 1. § 4. D. 2, 14. l. 7. § 1. eod. tit.

[46]) l. 7. pr. D. 2, 14.

[47]) Von der emptio venditio z. B. sagt Pomponius l. 72. D. 18, 1: — quia emptionis substantia constitit in pretio.

[48]) Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videtur l. 20. D. 5, 1. (vergl. l. 16. D. 35. l. 3. § 3. l. 4. D. 42, 4).

[49]) Für die Realcontracte bestätigt dies Paulus noch ganz ausdrücklich in l. 3. § 1. D. 44, 7: non satis autem est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur etc.

Es entstand also der Realcontrakt mutuum zwar durch das Geben und es mußte deshalb Anfang, wie Umfang dieser obligatio auf die res zurückbezogen werden: (quatenus datum erat), doch so, daß dieses Geben nicht etwa ein bloß thatsächliches Hinzählen von Geld (numeratio) war, sondern so, daß ihm (dem Geben), damit es den tendenziösen Charakter res, causa erhielte, die conventio:

> „es solle das Eigenthum an dem Gelde von dem Dar-
> „leihenden auf den Borger übergehen und letzterer dafür
> „zur Restituirung in gleicher Quantität und Qualität
> „verpflichtet werden",

innewohnte. Von einem solchen „Innewohnen" der conventio aber konnte nur die Rede sein, wenn dieselbe beim Geben bereits vorhanden, also vor dem Geben zu Stande gekommen war, d. h.: es mußte vor dem Geben Seitens der Contrahenten eine Willenseinigung darüber erfolgt sein, welche Bedeutung das künftige Geben haben, resp. in welchem Sinne, mit welcher Rechtswirkung es erfolgen solle.

Damit nun aber die beiderseitigen Willen darin übereinstimmen konnten, „wie" gegeben werden solle, mußten sie doch implicite und vor Allem darüber einig geworden sein, „daß" überhaupt gegeben werden solle. Getrennt von einander lassen sich diese beiden Richtungen der Willenseinigung gar nicht denken: die bloße Uebereinstimmung, daß gegeben werde, ohne gleichzeitige Verständigung über die Bedeutung des Gebens, stellt gar keinen Rechtsbegriff dar; — denn auch für die Schenkung, bei welcher das Geben Selbstzweck ist, liegt diese Verständigung in der Negation jedes anderen Zwecks —; der bloße Consens aber, mit welcher Wirkung gegeben werden solle, ohne den beiderseitigen Willen, daß gegeben und genommen werden solle, ist vielmehr ein Nonsens. Hieraus folgt: die

conventio beim Geben tritt in ihrer Totalität, so zu sagen vom historischen Gesichtspunkte aufgefaßt, als „Vereinbarung über ein künftig zu gebendes und zu nehmendes Darlehn" in die Erscheinung, oder mit anderen Worten:

> „die zur Begründung einer realen Darlehnsobligation „erforderliche conventio ist **identisch** mit demjenigen „consensus, welchen das gemeine Recht mit dem von „ihm erfundenen Ausdruck: **pactum de mutuo dando** zu „bezeichnen beliebt hat."

Für das römische Recht wird somit folgender Satz für erwiesen erachtet:

> Indem die römische Rechtsanschauung die „obligatio mutui" (d. i. die Verpflichtung, ins Eigenthum übertragen erhaltenes Geld ꝛc. demnächst in gleicher Quantität und Qualität zu restituiren) „re" entstehen ließ und unter „res" das Geben, getragen und durchdrungen von der conventio über die rechtlichen Folgen desselben, verstand, hat sie auf die rechtliche Möglichkeit eines irgendwie selbständig zu denkenden pactum de mutuo dando, d. h. eines Vertrages, welcher sich dem „realen mutuum selbst" etwa als präparatorisches Uebereinkommen hätte gegenüber-, resp. voranstellen können, ein für alle Mal und nach jeder Richtung hin verzichtet.[50])

Kann deshalb die Glosse (oben N. 22) nicht eindringlich genug betonen, wie das Geben und Nehmen eines Darlehns freiwillig erfolgen müsse, insofern Alles, was in dem Willen der Contrahenten vor dem Geben vorhanden war, insbesondere das Geben-

[50]) Quod erat demonstrandum! Es wird hiermit nicht die ganz allgemein anerkannte bloße Thatsache, daß das p. d. m. d. klaglos war, registrirt, sondern die principielle Unmöglichkeit eines selbständigen p. d. m. d. als nothwendige Folge der realen Natur der mutui datio behauptet. Möchte diese neue Behauptung, wenn sie richtig ist, eine günstige, wenn sie aber unrichtig ist, eine nachsichtige Aufnahme finden!

und Nehmen-Wollen selbst, von der für die res nothwendigen conventio absorbirt wurde, also nicht selbst Gegenstand einer anderweiten Obligation sein konnte, — so erscheint nun Julian durch den oben dargestellten Thatbestand der l. 20. mit Fug und Recht überrascht, da ihm im unverdächtigen Gewande einer modalen Verpflichtung eine sogar klagbare Verpflichtung, ein Darlehn **zu geben**, entgegentritt. Stände — was nicht der Fall — dieser Verpflichtung, zu geben, eine entsprechende obligatio „auf Annahme zum Darlehn" gegenüber, so könnte nie und nimmer das demnächstige Geben, ein mutuum zu erzeugen, für qualificirt erachtet werden. Die obligatio, Geld als Darlehn anzunehmen, würde vielmehr, wie später ausführlich gezeigt werden soll, die eigentliche obligatio ex mutuo, nämlich die Rückgewährs-Verbindlichkeit, eo ipso involviren: die erst durch „re" zu begründende Verpflichtung würde also schon vor dem Geben auf ganz abnorme Weise — vielleicht consensu — entstanden sein; das Geben hätte aufgehört, Vertrags-causa zu sein, wäre zu bloßer Vertragserfüllung herabgesunken!

Daher denn Julian's nunmehr verständliches Bedenken, ob nicht schon bei einseitiger Verpflichtung „zum Geben" das nicht mehr freiwillige Hingeben zuviel von seiner natürlichen Bestimmung, zu obligiren, eingebüßt habe, als daß es noch für vollwichtig in dieser Beziehung anerkannt werden könnte (quia **magis** exsolvendi, quam obligandi causa daretur); und daher endlich seine überaus scharfsinnige Entscheidung: „utrumque valere, benignius est", weil es in der That eine nicht zu billigende „Wortspitzfindigkeit" wäre, der blos einseitigen Verpflichtung, ein Darlehn zu geben, eine so weittragende Bedeutung beizumessen, während sie ohne die correspondirende obligatio, ein Darlehn anzunehmen, nach später zu entwickelnden allgemeinen Grundsätzen als existenzberechtigter Vertrag überhaupt nicht gedacht werden kann.

Somit bleibt für jetzt nur noch eine, als gemeinrechtlich zu bezeichnende Ansicht, welche nicht nur (z. B. in §§ 654, 655 und 658, 659 I. 11. A. L.-R.) praktischen Ausdruck gefunden hat, sondern auch von Autoritäten der heutigen Rechtswissenschaft getheilt zu werden scheint, zurückzuweisen: nämlich die Annahme, als wenn die stipulatio auch für das römische Recht dem pactum de mutuo dando eine gewisse selbständige Stellung gegenüber der mutui datio, ja sogar eine, wenn auch einseitige Klagbarkeit zu verschaffen geeignet gewesen wäre.

In dieser Beziehung äußert sich Foerster (Bd. II. S. 234.), nachdem er vorausgeschickt, wie das römische Recht das Darlehn als einen streng einseitigen Vertrag, der durch Hingeben vollzogen wurde, aufgefaßt habe, wörtlich, wie folgt:

> „Sollte der Darleiher zur Hingabe[51]) verpflichtet werden, „so mußte dies durch eine besondere Obligation geschehen „(pactum de mutuo dando), welche, vorbereitend für den „Darlehnsvertrag, nicht schon dieser selbst war, und, als „pactum klaglos, nur durch Stipulation klagbar werden „konnte (l. 7. § 4. D. II, 14., l. 34. pr. D. XVII, 1., „l. 68. d. V. O.) Diese[52]) Stipulation aber erzeugte

---

[51]) Unwillkürlich fragt man sich: warum denn nicht auch — selbstverständlich durch eine zweite Stipulation — der Borger zur Annahme?

[52]) Schon die Redewendung: „Diese Stipulation ꝛc" könnte bei oberflächlicher Betrachtung zu einem bedauerlichen Mißverständniß Anlaß geben, nämlich zu der Auffassung, als ob unter „dieser" Stipul. direkt die „auf das Hingeben des Darlehns gerichtete" St. gemeint sei. Selbstverständlich kann eine stipulatio immer nur eine einseitige Verpflichtung auf Seiten des promissor erzeugen, und es darf daher Foerster's Satz nur als eine Kürzung für folgenden Gedanken verstanden werden:

> „Während aber diese stipulatio (auf Hingeben) allerdings eine obligatio zum Geben erzeugte, wurde der Borger durch eine seinerseits zu erklärende stipulatio (auf Annahme) nicht verpflichtet, anzunehmen.

Schon die Citirung der l. 30. D. XII. 1. im Gegensatz zu l. 68. d. V. O. muß ein Mißverständniß in dieser Richtung ausschließen: jede dieser leges hat

„wiederum nur eine einseitige Verpflichtung zum Geben,
„keine Verpflichtung des anderen Theils zur Annahme
„(l. 30. D. XII. 1.)".

Eine unbefangene Auffassung dieser Worte muß in denselben die Behauptung finden, daß direkt auf Hergabe des durch stipulatio versprochenen Darlehns habe geklagt werden können (— dagegen nicht auf Annahme aus der Stipulation, ein versprochenes Darlehn annehmen zu wollen —) und daß dies communis opinio gewesen, beweist offenbar das Allg. Landrecht, indem es, der veralteten stipulatio „giltige Vertragsform" substituirend, die Klage auf Hergabe des versprochenen Darlehns in § 655. I, 11. zuläßt, die auf Annahme aber in § 659, trotz giltigen Annahme-Versprechens, ausdrücklich ausschließt. Nun enthalten von den vorstehend von Foerster angezogenen Quellenbelägen die leges 7. § 4. D. 11., 14. und 34. pr. D. 17., 1. nur Negatives, daß nämlich ein nudum pactum eine Klage nicht erzeuge, und so gipfelt die Beweisführung in dem Verhältniß zwischen l. 68. D. de verborum obligationibus (45, 1.)[53]) und l. 30 D. de rebus creditis (12, 1.)[54]). Folgerichtig müßte also zur Rechtfertigung des obigen disformen Resultats in diesen beiden Gesetzesstellen ein principmäßiger Widerspruch zu finden sein. Dies kann nun aber durchaus nicht zugegeben, es muß vielmehr behauptet werden, daß beide Stellen sich einander ergänzen und in gewisser, gerade

es mit einer anderen Stipulation zu thun: in l. 68 d. V. O. tritt der Borger als stipulator, der Darleiher als promissor, in l. 30. d. rebus credit. grade umgekehrt der Darleiher als stipulator und der Borger als promittens auf. cfr. Not. 53. 54.

[53]) Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio; quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

[54]) Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se (ei) obstringat.

hier maßgebender Beziehung derart harmoniren, daß Paulus, — der Autor beider —, sie füglich in einem Zusammenhange oder mit gegenseitiger Bezugnahme geschrieben haben könnte.

Wie unstreitig feststeht, war die römische stipulatio entweder eine certa, wenn sie auf das „dare“ eines „certum“, oder eine incerta, wenn sie auf das dare eines incertum, oder, was im ältesten Recht gar nicht möglich gewesen war, auf ein „facere“ schlechthin ging. Nur im ersteren Falle konnte mit der condictio certi auf Hergabe des certum direkt geklagt werden, die incerta stipulatio dagegen erzeugte nur die actio stipulati auf das nachzuweisende Interesse für den Fall, daß das versprochene incertum nicht gegeben, die versprochene Handlung nicht geleistet wurde. Deshalb empfiehlt § 7 der Institutionen (III, 16), man möge, wenn ein „facere, fieri“ durch Stipulation versprochen werden solle, die stipulatio nicht auf dieses facere, fieri selbst richten: ne quantitas stipulationis in incerto sit, sondern das Interesse lieber alsbald in Form einer poena fixiren und die Zahlung derselben — also das dare eines certum — für den Fall des non-facere, non-fieri stipulationsweise sich versprechen lassen. Von diesem guten Rathe nun macht l. 68. d. V. O. in ihrem ersten Satze Gebrauch für einen Fall, wo es sich um das Versprechen, ein Darlehn zu geben, handelt. Das Versprechen, „ein Darlehn zu geben“, involvirt offenbar, auch ohne daß dabei etwa an eine Unbestimmtheit der Darlehnssumme[55]) gedacht werden darf, nicht das dare eines certum, sondern ein facere[56]), nämlich das:

---

[55]) Die Incertität der stipulatio: pecuniam te mihi crediturum spondes? darf nicht etwa darauf zurückgeführt werden, daß die Größe der Geldsumme nicht angegeben ist. Das Gleiche würde ja auch für die poena zutreffen und es müßte also auch diese stipulatio incerta sein. Vielmehr muß die Bestimmtheit der Summe für beide Fälle als selbstverständlich vorausgesetzt werden.

[56]) Donellus sagt zutreffend: quod in hac specie solvitur, est id, quod mihi a te debetur: debetur autem mihi a te non pecunia, alioquin

„einen Darlehnsvertrag begründen"; und es besagt deshalb l. 68. d. V. O. in völliger Uebereinstimmung mit der sonstigen Behandlung dieser Frage ausdrücklich, daß auf das Hergeben eines versprochenen Darlehns, wenn diese Hergabe selbst Gegenstand der stipulatio war, unter keinen Umständen geklagt werden konnte, wohl aber auf das Interesse und resp., gegebenen Falls, auf die poena. Ganz dasselbe im Resultat, wenn auch nicht unter ausführlichem Hinweis auf die Möglichkeit, auch diese Stipulation in eine certa zu verwandeln[57]), bestimmt l. 30. D. XII. 1. bezüglich des in Stipulationsform gegebenen Versprechens, ein Darlehn anzunehmen. Wie in l. 68 der Darleiher nicht zum Geben des Geldes gezwungen werden kann, so braucht nach l. 30. der Borger die stipulationsweise zugesagte Annahme des Geldes nur abzulehnen, um von der obligatio mutui (der Rückgewährsverpflichtung) frei zu bleiben. Freilich wird auch er ebenso, wie der Darleiher, auf das Interesse aus dieser Weigerung, resp., wenn eine solche fixirt worden, auf Zahlung der poena belangt werden können. Nimmt der Borger an, so wird er ex causa mutui verpflichtet werden, die Annahme selbst aber wird als freiwillige erscheinen; nicht weniger freiwillig aber wird das Hergeben erfolgen, auch wenn der Darlehnsversprecher nur gibt, um dem Schadensersatz, resp. der Zahlung der poena zu entgehen.

Um also in l. 30. D. XII. 1. und l. 68. D. 45, 1. einen thatsächlichen Widerspruch oder Gegensatz finden zu können, müßte

solutam nunquam repeteres, sed hoc solum, ut mecum mutuum contrahas, seu officium et voluntas, mutui mecum contrahendi.

[57]) l. 30. D. XII. 1. hätte jedenfalls auch so lauten können: si quis poenam daturus spopondit creditori futuro, „si pecuniam credendam non accepisset", certa est et utilis stipulatio; quod si pecuniam credendam accepturus spopondit creditori futuro, incerta est stipulatio, quia id, quod interest, in stipulationem venit. Itaque, qui accepturus spopondit, in potestate habet, ne accipiendo se obstringat.

man die vorstehend der l. 30. gegebene erweiternde Erklärung mit der Behauptung angreifen können, daß die hier besprochene stipulatio nicht, wie in l. 68., eine Klage auf das Interesse erzeuge, eine Behauptung, welche nach den allgemeinen Grundsätzen von der stipulatio wohl als unhaltbar bezeichnet werden darf. Schlimmstenfalls ließe sich doch die Möglichkeit, eine poena auch für den Fall der Nichtannahme eines besprochenen Darlehns durch stipulatio festzusetzen, unter keinen Umständen wegdisputiren.

So ist denn schließlich auch dieses Mißverständniß der l. 68. D. d. V. O. und ihres Verhältnisses zu l. 30. D. XII. 1. wieder nur zurückzuführen auf die als mißverständlich bezeichnete Stellung, die man dem pactum de mutuo dando der mutui datio gegenüber gegeben hat. Wenn selbst Foerster die letztere so charakterisirt (S. 234):

> „Der eigentliche Darlehnsvertrag war also Realcontrakt,
> „das vorbereitende pactum de m. d. — — war zu-
> „fällige Zuthat ohne inneren Zusammenhang
> „mit ihm,"

so gewinnt die Sache freilich das Ansehen, als hätte es nur etwa der Erfindung einer neuen causa bedurft, um das pact. d. m. d. als coordinirten Vertrag neben das mutuum treten zu sehen; dann lag freilich die Annahme nicht fern, daß die vorhandenen causae beliebig zu einer gelegentlichen Confirmirung dieses so stiefmütterlich behandelten pactum hätten herangezogen werden können, ja es wäre schließlich sogar nicht recht einzusehen, warum denn nicht der consensus, der doch für andere Fälle als causa anerkannt war, als ausreichend auch für die Perfektion dieses Vertrages gegolten hat. Wieder also muß auch hier die Consequenz, mit welcher das römische Recht an der realen Natur des mutuum festhielt und in Folge der Identificirung der im mutuum enthaltenen conventio mit dem pactum de m. dando

die Selbständigkeit des letzteren negirte, anerkannt werden, eine Consequenz, welche den römischen Rechtsgelehrten so selbstverständlich und einfach erschien, daß für sie nicht nur der Begriff pactum de mutuo dando nicht existirte[58]), sondern daß sie auch, dessen Bedeutungslosigkeit ausführlicher zu entwickeln oder mit Beispielen zu belegen, sehr wohl verschmähen konnten.

Neben l. 68. d. V. O., welche nur indirekt und absichtslos die Erfolglosigkeit einer selbst in Stipulationsform gehüllten Verabredung über ein Darlehn erkennen läßt, dürfte unsere, bisher so ganz vernachlässigte lex 20. D. XII. 1.[59]) die einzige innerhalb der ganzen Justinianeischen Gesetzes-Sammlung sein, welche die hier erörterte Consequenz des so wichtigen römischen Princips von der realen Natur des mutuum, d. i. die Negation eines von dem mutuum selbst losgetrennt zu denkenden pactum de mutuo dando, ausdrücklich bestätigt und dabei sich, gewissermaßen prophetischen Blickes, grade derjenigen Ausdrücke (solvendi, obligandi causa dare) bedient, welche in dem darüber

[58]) Nirgends in den Quellen kommt der leidige Ausdruck pact. d. mut. dando vor; erst das gemeine Recht hat ihn erfunden und es dürfte schwer halten, einem altrömischen Juristen überhaupt klar zu machen, was man sich dabei gedacht hat. Das p. d. m. d. oder die conventio mutui dandi war eben eine: conventio, quae suo nomine non stat, sed transit in proprium nomen contractus § 1. l. 7. D. II. 14. Das römische Recht hatte ja für das pactum d. n. d. eine causa, die res: pactum und contractus fallen also hier zusammen; deshalb würde sich ein römischer Jurist bei einem **klaglosen** pact. d. m. d. gar Nichts denken können.

Es kann dies nicht oft genug wiederholt werden, da es gilt, die geläufig gewordene Vorstellung eines dem mutuum „zur Seite stehenden", „ohne inneren Zusammenhang mit ihm", „zufällig" bestehenden pact. — nach Kräften — zu bekämpfen.

[59]) Durch die hier (zuerst) gegebene Erklärung wird die l. 20. in jeder Beziehung gerechtfertigt. Jetzt ist die Stellung der l. im Titel de rebus creditis erklärt; es erscheint auch die propositio, welche nur nach dem Zustandekommen des Darlehns frägt, correkt: die Frage nach der Schenkung erscheint wie eine Gelegenheitsbemerkung. Bei der früheren Auffassung war Alles grade umgekehrt, cfr. Note 23.

entbrannten Streit als die recht eigentlichen Schlag- und Stichworte noch heut zu figuriren bestimmt sein sollten.

Indem vorstehende Erörterung in direktem Widerspruch mit der bisherigen Anschauung das angeblich „zur Seite stehende" „zufällige" pactum de mutuo dando vielmehr als einen integrirenden Bestandtheil in das mutuum selbst hineinträgt, läßt sie das Verhältniß dieses pactum, dieser conventio zur causa „res" in den Vordergrund treten und constatirt dabei ein Verhältniß, wie zwischen Seele und Leib, Geist und Substanz.

Tritt eine Trennung dieser beiden zu einem Ganzen innigst verbundenen Faktoren ein, so wird zwar der Geist ein eigenes, geläutertes Dasein fortsetzen, die Substanz aber muß untergehen, in sich selbst zerfallen. Indem das gemeine Recht mit allen übrigen wirklichen pacta auch das sog. pactum de mutuo dando zur selbständigen Klagbarkeit erhob, nahm es diese Trennung vor, ohne jedoch zu erkennen, daß es damit dem Realvertrage mutuum gewissermaßen die Seele aus dem Leibe riß und den Leib, das entgeistigte Geben, zwang, ein wesenloses Gespensterdasein im Reich der Gesetzgebung und Wissenschaft weiterzuführen und, wo immer es erscheint, Verwirrung und Streit hervorzurufen.

Von jeher hat das deutsche Rechtsbewußtsein in Folge des ihm eigenthümlichen Grundsatzes von „Treu und Glauben" die Entstehung einer obligatio (d. h. einer klagbaren Verpflichtung, da ihm die Unterscheidung von naturalis und civilis obligatio fremd war und blieb) auf die bloße Willenseinigung der Contrahenten zurückbezogen. Zwar äußerte sich auch hier schon in frühesten Zeiten das Bedürfniß, die diese Einigung doku-

mentirende Willenserklärung an eine äußere Form[60]) zu binden. Was immer aber an Vertragsformen, sei es durch Ortsstatute, oder Landrechte, oder selbst im Sachsenspiegel geschaffen war, mußte von ganz anderen Gesichtspunkten aus beurtheilt werden, wie die römisch-rechtlichen „causae“. Nicht die Entstehung der Verpflichtung hing von deren Beobachtung ab, sondern es sollte lediglich z. B. die Erfüllung (durch Einwirkung auf die Ehre des Verpflichteten) gesichert, oder dieser oder jener processualische Vortheil errungen, die Beweisführung erleichtert resp. in bestimmte Grenzen fixirt, oder endlich auch übereilter Vertragsabschluß verhindert werden. Spätere Landesgesetze ließen die Abschlußformalitäten unter Reception des als gemeinrechtlich zu bezeichnenden Grundsatzes von der Klagbarkeit der nuda pacta gänzlich fallen[61]), und so blieb für die Giltigkeit einer obligatio nur das eine, schon vom Sachsenspiegel anerkannte Princip stehen, daß nicht das bloße Anerkenntniß der Schuld genügte, sondern ein Zurückgreifen auf die naturalis causa, d. i. das dem Rechtsverhältniß zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, nothwendig war. Erst dem preuß. Allg. Landrecht war es vorbehalten, nach dem Vorgange der rigorosen Edikte vom 13. Mai 1766 und 8. Februar 1770 der seit der Notariats-Ordnung vom Jahre 1512 bezüglich sicherer Beurkundung des Vertragswillens zum Bedürfniß gewordenen schriftlichen (resp. notariellen und gerichtlichen) Abfassung der Verträge eine Ausdehnung zu geben, welche nicht nur die bisherige Regel von der Giltigkeit formloser Verträge thatsächlich gradezu auf den Kopf stellt, sondern der Schriftform

---

[60]) z. B. Form des Weinkaufs, Vertragsschluß durch Handschlag, Unterwerfung zu Hand und Halfter, Beiziehung gewisser unverdächtiger Zeugen beim Kauf, gerichtlicher Abschluß ꝛc. — Mittermayer, gem. deutsch. Privat-R. § 188 ffg.

[61]) Vergl. Foerster, Bd. I. S. 436 ffg.

eine beinahe an die römische Vertragscausa streifende Bedeutung beizumessen scheint.

Diesen Schein indessen für Wahrheit zu nehmen, gestattet weder der Charakter unseres Landrechts überhaupt, insofern dasselbe gewissermaßen nur eine Codification des damals geltenden, durch Theorie und Praxis entwickelten Rechts sein und ohne Noth nicht Neues schaffen sollte, — noch die Inconsequenz und offenbare Principlosigkeit der einschlagenden Bestimmungen selbst.

In ersterer Beziehung muß die Berücksichtigung der durchaus conservativen Tendenz des A. L.-R. zu dem Schlusse führen, daß die Absicht der Redaktoren, von einem damals unstreitigen Princip abzugehen und ein neues dafür zu substituiren, niemals durch Abstraktion der einzelnen Bestimmungen erkannt und gewonnen werden darf, sondern daß die Annahme einer solchen Absicht von einem ausdrücklichen, gar keinen Zweifel übriglassenden Ausspruch abhängig gemacht werden muß. Könnte also das Princip: „daß die Entstehung der obligatio von der Vertragsform bedingt sei" durch die landrechtlichen Bestimmungen auch nicht als direkt ausgeschlossen erachtet werden, so ist es doch jedenfalls nicht ausdrücklich ausgesprochen: darf also als immittirt nicht gelten.

Geht man nun aber an die Prüfung der Bestimmungen über „Schriftform und die Folgen der Nichtbeachtung derselben", so fühlt man sich versucht, an deren Absichtlichkeit und Bewußtheit überhaupt zu verzweifeln. Zunächst bringen §§ 40, 41 im 3. Titel des 1. Theils die generelle Vorschrift, daß die Verabsäumung der gesetzlichen Form einer Handlung überhaupt die Nichtigkeit der letzteren nur da zur Folge habe, wo die Form ausdrücklich zur Giltigkeit erfordert sei, und daß, wo dieses Erforderniß zweifelhaft erscheinen könnte, die Präsumtion gegen Nichtigkeit (als Folge der Verabsäumung)

sprüche. Schon das Verhältniß dieser zwei §§ unter und zu einander ist nicht recht zu ergründen. Kann es denn zwischen „ausdrücklichem“ und „nicht ausdrücklichem“ Erforderniß noch ein Mittelding, noch einen — dem A. L.-R. leider außerordentlich geläufigen — zweifelhaften Fall geben? Ist denn nicht jeder „zweifelhafte“ Fall eo ipso ein „nicht ausdrücklicher“? und jeder „ausdrückliche“ auch ein „unzweifelhafter“?

Doch die Schwierigkeit des Verständnisses wächst mit jedem einschlagenden §. Nach der Absicht des Gesetzgebers sollen auch die Bestimmungen der Gerichts-Ordnung zur Ergänzung und Deklarirung der landrechtlichen Vorschriften herangezogen werden. Wenn nun § 11, II, 1. A. G.-O., nachdem vorher in § 3—10 zumeist von Verträgen die Rede gewesen ist, bei der Bestimmung,

„daß im zweifelhaften Falle (!?) aus Verabsäumung
„der vorgeschriebenen Form lediglich die Pflicht der
„Parteien, die letztere nachzuholen, zu folgern sei,“

ausdrücklich auf § 40. 41. I. 3. A. L.-R. verweist, so wäre man doch wohl zu der Erwartung berechtigt, daß § 40. 41. nun auch auf Verträge sollten Anwendung finden können: es müßten also doch auch bei Verträgen solche zweifelhafte Fälle möglich sein, in denen die Präsumtion Platz greifen könnte:

„die Schriftform sei nur „zu mehrerer Gewißheit
„und Beglaubigung“ angeordnet.“

Statt dessen überrascht uns § 109 I, 5 A. L.-R. mit der ganz generellen Anordnung, daß zur Giltigkeit eines Vertrages schlechthin die Beobachtung der im Gesetz vorgeschriebenen Form ebenso, wie die Willenseinigung, gehöre, daß also die Nichtbeobachtung einer Abschlußform die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 40, I. 3. eo ipso zur Folge habe. Hier zeigt sich die

ganze Ohnmacht des § 41, I. 3: läßt etwa die Ausdrücklichkeit, mit welcher § 109. I. 5. die Beobachtung der Form zur Gültigkeit aller Verträge fordert, noch die Möglichkeit „zweifelhafter Fälle" offen? Gewiß nicht! und so bleibt der Praxis Nichts weiter übrig, als, den unlöslichen Widerspruch zwischen § 109 I. 5. einerseits und § 40. 41. I. 3. A. L.-R. und § 11. II. 1. A. G.-O. andrerseits unter den vielfachen Inconsequenzen dieses Gesetzbuchs eben hinzunehmen und sich weniger an das Princip des § 109, als an die Ausführungsbestimmungen der §§ 155 ffg. zu halten.

Die theoretische Erwägung so großer Principlosigkeit läßt dagegen vielmehr daran fast zweifeln, ob in § 109 das Wort „Giltigkeit" überhaupt in demselben prägnanten Sinne, wie oben in § 40. I. 3. und in § 11. II. 1. A. G.-O., aufzufassen ist, oder ob nicht hier der Ausdruck: „Wirklichkeit" des Vertrages, wie er schon in § 4. I. 5. A. L.-R. vorkommt, der wahren Intention der Redaktoren besser entsprochen haben würde. Diesen Zweifel unterstützt die bloße Existenz des § 155 über „die Folgen, wenn die schriftliche Abfassung unterblieben ist", insofern derselbe ganz überflüssig gewesen wäre, wenn § 109 mit Bewußtsein der nach § 40. I. 3. eintretenden Consequenz **„der Nichtigkeit"** abgefaßt worden wäre. Ja, man kann sogar noch weiter gehen und direkt behaupten, daß die Redaktoren bei Abfassung des § 109 an die Consequenz, daß nun alle Verträge, bei welchen eine Form vorgeschrieben, durch Verabsäumung dieser Form nichtig würden, thatsächlich nicht gedacht haben. Denn, wenn man auch annehmen wollte, daß § 155 lediglich eine nochmalige Bestätigung dieses consequenten Princips bringen sollte, so enthalten doch die §§. 156, 159, 165, 178, 184 und schließlich § 185 so viele Ausnahmen von der Regel des § 155, daß das etwa in letzterem § aufgestellte oder bestätigte

Princip wieder bis zur Unkenntlichkeit entstellt und durchlöchert erscheint. — Zum Beweise hierfür wird eine nähere Betrachtung des § 185 allein schon genügen:

> „Derjenige, welcher sich schriftlich oder zum Protokoll zu „einem mündlich geschlossenen Vertrage bekannt hat, kann, „soweit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntniß „erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht „vorschützen."

§ 185 setzt also einen solchen blos mündlich geschlossenen Vertrag voraus, welcher schriftlich hätte geschlossen werden müssen, weil ja sonst die Verabsäumung der Schriftform nicht als ein: „Mangel" charakterisirt werden könnte: also schließlich einen „nichtigen, ungiltigen" Vertrag. Wie soll nun, fragt man sich, der Verpflichtete in die Lage kommen, diese Verabsäumung der Form „als Mangel" vorschützen zu können, da doch von einem „Vorschützen eines Mangels", d. i. einer Einrede, nur, wenn belangt wird, die Rede sein kann, während § 155 die Möglichkeit, belangt zu werden, negirt? Soll also etwa aus dem nachträglichen Anerkenntniß geklagt, soll das Anerkenntniß als ein selbständiger formeller Verpflichtungsgrund (causa) dem Anspruch zu Grunde gelegt werden können? Hat denn die von Bähr (Anerkennung als Verpflichtungsgrund) für das gemeine Recht entwickelte Theorie von dem „Anerkennungsvertrage" in das A. L.-R. Eingang gefunden? Sicher nicht! trotzdem diese Ansicht von Meyer (zur Lehre vom Anerkennungsvertrage und der cautio indiscreta nach Pr. Recht) vertreten ist, muß sie doch aus dem oben gegen die landrechtliche Identificirung von Vertragsform und causa obligationis geltend gemachten Grunde so zurückgewiesen werden, wie dies in Koch's Commentar (herausgegeben von Foerster, Hinschius ꝛc.) Note 18 zu § 185 überzeugend geschehen ist. Daß

in der That das A. L.-R. in dem „Anerkenntniß" nicht einen den römisch-rechtlichen causae vergleichbaren Verpflichtungsgrund hat immittiren wollen, beweist schließlich schon das Marginale des § 185, welches das Anerkenntniß als eine Verstärkungs-Art der (bereits vorhandenen) Verträge bezeichnet.

Die Sache kommt also schließlich so zu liegen: das nachträgliche Anerkenntniß hebt die als Folge der Verabsäumung der schriftlichen Form eingetretene Nichtigkeit des ursprünglichen Vertrages wieder auf, negirt also das in § 109 als ausnahmslos hingestellte Princip,

> „daß die vorgeschriebene Form zur Giltigkeit eines „Vertrages schlechthin gehöre",

thatsächlich für eine in der Praxis gewiß große Anzahl von Vertragsfällen, de lege ferenda aber überhaupt, insofern zu jedem Vertrage ein Anerkenntniß hinzutreten kann.

Darf durch vorstehende Erörterung über die Bedeutung der landrechtlichen Formvorschriften soviel als erwiesen angesehen werden, daß auch im preuß. Recht die Form (mit der einzigen Ausnahme des Wechsels) niemals als Grund der Verpflichtung (causa) anzusehen ist,[62]) so ergibt sich für die deutsche Rechtsanschauung das am präcisesten zufällig im A. L.-R. (§ 1, I, 5) ausgesprochene Princip:

> daß die „bloße Willenseinigung" (consensus) der alleinige Entstehungsgrund einer jeden obligatio (causa obl.) sei.

Daß hierin mit Nothwendigkeit ein vollständiges Aufgeben der

---

[62]) Man könnte sagen: für Entstehung der obligatio verhält sich im preuß. Recht der „consensus" zur „Form", wie sich auf logischem Gebiet „Grund" zu „Veranlassung" verhält. Ersterer involvirt die „inneren Vorbedingungen" einer zukünftigen Thatsache, den eigentl. Causalnexus; letzterer nur die rein „äußerlichen", „zufällig den Anstoß gebenden" Umstände.

römisch-rechtlichen causae liege, deren Existenz ja nur durch die Negation der Qualification des consensus,

„als causa für jede beliebige obligatio zu dienen",

zu erklären ist, hat man bei Reception des römischen Rechts befremdlicher Weise nur bezüglich der stipulatio und literae erkannt, den Realverträgen dagegen ihre Existenzberechtigung wenigstens nicht consequent abgesprochen. Diese Duldsamkeit auch nur zu erklären, reichen die Eingangs erwähnten verschiedenen Gesichtspunkte, von denen aus man heut noch von Realverträgen will sprechen können, bei Weitem nicht aus. Es ist bereits gezeigt worden, wie sehr die verschiedenen Meinungen sich unter einander widersprechen und bekämpfen, und wie sie insgesammt nur zu praktischen Widersprüchen und theoretischen Inconsequenzen führen, ohne eine einheitliche Basis für die Behandlung dieser Rechtsmaterie schaffen zu können. Es muß daher auch die stillschweigende Sanktion der causa res für das deutsche Recht auf ein Mißverständniß dieses römisch-rechtlichen Instituts zurückgeführt werden, und hierbei verhelfen uns die preußischen Gesetzesrevisoren zu dem maßgebenden Gesichtspunkt, wenn sie in den Motiven zu §§ 441. 442. des Entwurfs (Pens. XIV. S. 115) darauf aufmerksam machen zu müssen glauben:

„daß die Natur des Realcontrakts nicht verloren gegangen „sei und nicht habe verloren gehen können, weil sie „zu tief in der Sache selbst begründet sei. Dies „sei nicht nur wegen des Unterschieds zwischen „mutuum und pactum de mutuo dando, sondern „auch wegen der ohne Rücksicht auf die Schrift ent„stehenden Verpflichtung dessen, der das Darlehn „empfängt, und wegen der damit in Verbindung „stehenden Bedeutung des Schuldscheines von beson„derer Wichtigkeit."

Der letztere, an die zurückgewiesene Verwechslung von Vertragsform und causa obligationis zum Mindesten hart anstreifende Grund bringt Ursache und Wirkung in einen Kreislauf. Daß das bloße Geben nach Landrecht die obligatio der Rückgewähr erzeugt, ist eben ein Ausfluß der realen Natur dieses Contraktes, also eine Folge davon, daß das A. L.-R. an dieser realen Natur noch festhält; kann also doch nicht als Grund dafür, daß diese reale Natur nicht füglich aufgegeben werden könne, geltend gemacht werden. Das entscheidende Moment ist also auch hier lediglich in der Unterscheidung zwischen mutuum und pactum de mutuo dando zu suchen und zu finden: nur unter der Voraussetzung, daß nach römischen Rechtsbegriffen mutuum und pactum de mutuo dando verschiedene Dinge waren, d. h. zwei mit einander nicht in nothwendiger Verbindung stehende, sondern selbständig von einander gesonderte Verträge darstellten, von denen der eine als contractus klagbar, der andere als pactum klaglos war, nur unter dieser Voraussetzung also (welche bereits als falsch hingestellt worden) **konnte** an dem realen Charakter des mutuum auch noch ferner festgehalten werden.

Als man nämlich bei Reception des römischen Rechts der deutschen Auffassung mit Aufstellung des Satzes: „daß alle pacta nuda nunmehr klagbare Verträge geworden seien" Rechnung trug, so glaubte man in dem Bestreben, die römischen Rechtsinstitutionen nach Möglichkeit zu schonen, vollkommen Genügendes gethan zu haben, wenn man die (in der Phantasie der gemeinrechtlichen Wissenschaft) den Realcontrakten getrennt gegenüber stehenden pacta de mutuo dando, de deponendo etc. zu klagbaren Consensualcontrakten erhob. Wo auch die gemeinrechtliche Lehre eine Unterscheidung zwischen pactum und Hauptvertrag nicht kannte, da traf die Vernichtung diese Hauptverträge selbst, und es fielen

die Stipulations- und Literalcontrakte selbst weg, weil von pacta de „stipulatione, literis contrahendo“ niemals die Rede gewesen war. Die Realcontrakte selbst aber entgingen der Vernichtung, weil ihnen die pacta de re contrahendo gewissermaßen als **Ableiter** der zerstörenden Kraft des Grundsatzes von der Klagbarkeit aller consensualen Abmachungen zu dienen für geeignet erachtet wurden. Dieser Scheu, an römischen Rechtsbegriffen ohne zwingenden Grund sich zu vergreifen, kam nun noch ein allerdings wieder mit der Unterscheidung zwischen Realcontrakt und den entsprechenden pacta zusammenhängender äußerer Umstand zu Hilfe. Während die Form der stipulatio und der litterae als ein schon seiner äußeren Erscheinung nach fremdartiges Moment empfunden wurde, erfolgte nach wie vor das „**Geben**“ jedenfalls mit der Wirkung, daß vor demselben die auf das „Zurückgeben“ gerichtete Obligation gegenstandlos resp. so zu sagen suspendirt war. Es erschien deshalb gewissermaßen billig, es bei der Entstehung der Rückgewährsverpflichtung durch das Geben, welches ja doch immer erfolgen mußte, zu belassen und das neue Princip von der allgemeinen Klagbarkeit der pacta nur auf diejenigen Verpflichtungen in Anwendung zu bringen, welche bis dahin klaglos dagestanden hatten, insbesondere die Verpflichtungen zum Geben und Nehmen selbst.

So ungefähr, und nicht anders, kann also nur der Gedankengang der die Reception vollziehenden Rechtswissenschaft gewesen sein, welche die selbständige, wenn auch klaglose Existenz eines vom mutuum verschiedenen pactum de mutuo dando dabei zur Basis nahm. Hätte man die Einheitlichkeit des p. d. m. d. mit dem mutuum erkannt und erwogen, daß, wenn das römische Recht eine klagbare Obligation, ein Darlehn zu geben und zu nehmen, nicht gekannt hat, dies eine

nothwendige Folge der **realen** Natur des mutuum war, so mußten die Realverträge als unvereinbar mit deutschem Rechtsbewußtsein ebenso, wie die Stipulations- und Litteralcontrakte, fallen.

Hiermit ist ausgesprochen, was als die einzig richtige Consequenz deutscher Rechtsanschauung zu behaupten und zu erweisen sein wird. Dieser Nachweis soll durch eine Umkehrung der für das römische Recht gemachten Schlüsse und sodann a priori aus dem Wesen des heutigen Vertrages über ein Darlehn geführt werden.

Wie oben ausgeführt, ließ das römische Recht die obligatio mutui „ex re“ entstehen und verstand unter res das thatsächliche Geben, durchdrungen und getragen von der conventio oder dem animus, mit welcher Rechtswirkung das Geben erfolgen solle. Es ist weiter gezeigt worden, daß diese Willensübereinstimmung, wie gegeben werden solle, nicht ohne gleichzeitige Einigkeit der Contrahenten darüber, daß überhaupt gegeben und genommen werden solle, gedacht werden konnte. Daraus ist der Schluß gemacht worden, daß das, was das gemeine Recht mit pactum de mutuo dando bezeichnet, mit jener von der res absorbirten conventio identisch, also ein p. d. m. d. als ein irgend wie selbständiger Vertrag gegenüber dem mutuum niemals vorhanden gewesen sei.

In umgekehrter Auf- und Auseinanderfolge dieser Sätze ergibt sich für die deutsche Auffassung folgender Syllogismus:

Der Vertrag, ein Darlehn künftig geben und nehmen zu wollen, ist ein zweiseitig klagbarer Consensualvertrag. Ihm gegenüber erscheint das Geben als einseitige Vertragserfüllung, das Geben ist Folge des Vertrages und kann deshalb aus ihm nicht mehr eine Bedeutung entlehnen, welche es zum Vertragsschluß stempeln, aus Erfüllug in Abschluß verwandeln könnte: das

Geben ist daher nicht mehr res, erzeugt nicht mehr die obligatio restituendi, welche vielmehr in der Verpflichtung „als Darlehn anzunehmen“ enthalten ist, kurz: der Realvertrag als solcher hat zu existiren aufgehört.

So einleuchtend diese Folgerung auch scheinen möchte, so setzt sie doch immerhin die Identität des p. d. m. d. mit der in der „res“ aufgehenden conventio voraus. Schließlich ist der vom gemeinen Recht geschaffene Begriff pactum de mutuo dando ein so vager, unbestimmter, daß mit demselben füglich nicht operirt werden kann. Insbesondere ist der Ausdruck selbst rein einseitig und es könnte daraus geschlossen werden, daß der Verpflichtung, zu geben, nicht nothwendig die Verpflichtung, anzunehmen, gegenüberstehen müsse, während nach deutscher Auffassung gerade auf die Annahmeverpflichtung der Schwerpunkt zu legen, der Vertrag also zutreffender pactum de mutuo accipiendo zu nennen sein wird.

Deshalb wird auf den Charakter und die Tragweite des Vertrages „über ein Darlehn“ einzugehen sein, wobei dem Grundsatz von der Klagbarkeit der pacta nur insoweit Rechnung getragen werden soll, daß die ganz allgemein anerkannte Klagbarkeit des giltig abgegebenen und acceptirten **Versprechens**, ein Darlehn zu **geben**, als Basis angenommen wird.

Es kann wohl als ganz unbestritten hingestellt werden, daß das Wesen des Darlehns von jeher darin bestanden hat und noch darin besteht, daß dem Borger der vorübergehende Gebrauch an einer dem Darleiher gehörigen Summe von Geldstücken oder anderen fungiblen Sachen eingeräumt wird. Da ein Gebrauch von einer Summe fungibler Sachen nicht anders, als durch Verbrauch derselben gemacht werden kann, so muß dieselbe aus dem Eigenthum des Darleihers in das des Borgers übergehen, und, da der Gebrauch nur ein vorübergehender sein

soll, muß die Summe, resp. eine gleiche Quantität gleichartiger Stücke, entsprechend den erhaltenen, zurückerstattet werden.

Ein Gelddarlehn ist also identisch mit „Veräußerung der zeitweisen Nutzung eines Kapitals" und der Begriff eines die Begründung dieses Rechtsverhältnisses bezweckenden Vertrages wird demnach consumirt durch die Verpflichtung des einen Theils, dem anderen das Eigenthum an den Geldstücken durch Hingabe der Geldsumme zu verschaffen, und durch die Verpflichtung des anderen Theils, das Geld in Empfang zu nehmen und die Summe demnächst zu erstatten. Von dem Standpunkte der „ob rem datio" aus erscheint also als Aequivalent, als beabsichtigte Gegenleistung für die „Vorleistung: Hingabe zur Nutzung" nichts Anderes, als eben: „die zeitlich beschränkte Abwesenheit und schließliche Rückkehr des Capitals". Man könnte fragen, wie ist es denkbar, daß Jemandem Das als Aequivalent des Fortgebens einer Sache vorschwebe, daß er die Sache zurückerhalten werde: er braucht sie ja alsdann nur überhaupt nicht fort zu geben? Nun, eine solche Frage könnte man füglich bei einem jeden Vertrage, z. B. auch beim Kauf stellen. Oder ändert es etwas in der Natur des Kaufes, als eines zweiseitig lästigen Vertrages, wenn der Verkäufer in einem den Werth der Sache bei Weitem nicht erreichenden Geldbetrage, oder wenn der Käufer in einer im Verhältniß zum Preise fast werthlosen Sache das Aequivalent für seine Leistung erblickt?

Das Unberechtigte dieser Frage liegt also darin, daß dieselbe auf ein für den Vertragswillen unerhebliches Moment hinzielt, nämlich auf die **Motive** der Willenserklärungen. Wie einem jeden Geschäft, können auch dem Darlehnsgeschäft die mannigfaltigsten Motive zu Grunde liegen, also z. B. vor Allem der Wunsch, dem Borger einen Freundschaftsdienst zu leisten (negotium

inter amicos), oder der Wunsch, sich selbst für eine gewisse Zeit an der schlechten Verwendung einer Summe zu verhindern, oder dieselbe vorübergehend in Sicherheit, bei Seite zu bringen, oder endlich der Wunsch, nebenher sich einen Vortheil dadurch zu verschaffen, daß man von demjenigen, an welchen man die Nutzung veräußert, einen Preis dafür verlangt, also die Nutzung ihm nicht schlechthin überläßt, sondern sie gewissermaßen zwischen ihm und sich selbst theilt. Daß die Verzinslichkeit, Entgeltlichkeit des Darlehns, welche im römischen Recht nur ausnahmsweise und nur auf Grund eines Separatabkommens (pactum in continenti appositum oder stipulatio) begründet wurde, gegenwärtig thatsächlich zur Regel geworden ist, liegt nicht darin, daß der Vertrag „Darlehn" ein wesentlich anderer wäre, als der contractus mutuum, also daß die zur Consumtion des Begriffes Darlehnsvertrag gehörigen Verbindlichkeiten wesentlich modificirt worden wären, sondern lediglich darin, daß die Sache, welche für gewöhnlich Gegenstand dieser Verpflichtungen ist, in Folge der veränderten Culturverhältnisse bestimmte Veränderungen erlitten hat. Das Capital, welches früher nicht anders, als durch Absorbirung, gebraucht werden konnte, gilt jetzt als „aufgesammelte Arbeit", als eine Sache, welche Früchte trägt. Nichts also erscheint jetzt natürlicher, als daß derjenige, welchem das Capital überlassen wird, den Ueberlassenden für den Ausfall der Früchte entschädigt.

So richtig es demnach auch ist, das unentgeltliche Darlehn neben die Leihe, das entgeltliche neben die Miethe zu stellen[63]), so falsch wäre es, zwischen dem entgeltlichen und unentgeltlichen Darlehn einen wesentlichen Unterschied zu machen, etwa nur das eine oder das andere als Darlehn auffassen zu wollen: das Darlehn als solches ist eben weder Leihe, noch Miethe und hat

[63]) Foerster Bd. II. S. 237 ffg.

nur die Fähigkeit, je nach den Bestimmungen der Contrahenten bald dem einen, bald dem anderen Vertrage zu gleichen. Es darf also auch heut nicht die Gegenseitigkeit eines Vertrages: „über ein Darlehn" etwa als im Gegensatz zum römischen Recht durch die Zinsverpflichtung begründet aufgefaßt werden, denn einerseits wird auch heut noch die der Zahl nach größere Hälfte der Darlehne überhaupt zinslos gegeben und es kann schließlich auch der Gesichtspunkt immer noch Platz greifen, daß dem Darleiher dadurch ein Dienst erwiesen wird, daß sein Capital sich zeitweise in anderen, vielleicht besseren, sichereren Händen befindet, — andererseits wird selbst, wo auf Seiten des Darleihers lediglich das Motiv maßgebend gewesen ist, möglichst wucherische Zinsen aus dem Capital herauszuschlagen, dennoch auf Seiten des Borgers stets der Gesichtspunkt zur Geltung kommen, daß dem Borger ein Dienst erwiesen wird, indem ihm zur Zeit das Gebrauchsrecht an dem Capital mehr werth sein wird, als was er dafür an Zinsen hergibt.

Hiernach ist anzuerkennen, daß der Vertrag über ein künftiges Darlehn auch abgesehen von der zufälligen Zinsverpflichtung den Charakter der Zweiseitigkeit zu haben geeignet, daß sowohl das Geben einerseits, wie das Annehmen und Zurückgeben andrerseits an sich sehr wohl qualificirt ist, Gegenstand einer Obligation zu sein. Beide Obligationen correspondiren unter einander derart, daß sie getrennt von einander gar nicht gedacht werden können.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche im A. L.-R. in § 79. I. 5. Ausdruck gefunden haben, ist Jemand verpflichtet, d. h. an seine eigene Willenserklärung gebunden, sobald derjenige, für den, oder zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben worden, also der designirte Berechtigte, die Erklärung gebilligt, acceptirt hat. Wenn hieraus aber § 81 l. c. folgert, daß

durch giltige Annahme eines giltig abgegebenen Verpflichtungs-Versprechens, einer giltigen Offerte, ein Vertrag zu Stande gekommen sei, so ist dies in dieser Ausdehnung wenigstens und schlechthin gewiß nicht zutreffend, weil es nur auf solche Verträge paßt, durch welche lediglich einseitige Verbindlichkeiten erzeugt werden sollen.

Zweifellos liegt in der Annahme einer Offerte Nichts weiter, als eben Annahme der Verpflichtung des anderen Theils: damit, daß man billigt, wie der Andere verpflichtet sein soll, erklärt man noch nicht, daß man selbst verpflichtet sein wolle.

Aber eben deswegen wird durch die bloße Annahme der Offerte gar kein Vertrag, auch nicht einmal ein **einseitiger**, geschaffen, sobald diese Offerte nur mit Rücksicht und unter der Voraussetzung, daß dadurch eine correspondirende Verpflichtung des Berechtigten hervorgerufen werde, gemacht worden ist. Will also Offerent sich selbst nur gegen eine das Aequivalent darstellende Verpflichtung des anderen Theils verbindlich machen, also einen zweiseitig-lästigen Vertrag schließen: so kann die Acceptation der einseitigen Verbindlichkeit gar nicht anders, als durch gleichzeitige Uebernahme der gegentheiligen Leistung, resp. durch eine dies ausdrückende Erklärung bewirkt werden. Die reine Acceptation ohne eigene Verpflichtung hat also nicht die Wirkung, den Offerirenden einseitig zu verpflichten. Dies hängt nicht nur mit der Natur einer den Abschluß eines gegenseitig lästigen Vertrages intendirenden Offerte, sondern auch mit der Natur der Acceptation selbst zusammen. Denn § 83 l. c. besagt ausdrücklich, daß durch Annahme Niemand mehr Recht erwerben könne, als von dem Anderen angeboten wird. Ist also z. B. eine Sache zum Kauf angeboten, so kann Offerent unter keinen Umständen als einseitig verpflichtet erachtet werden, das Eigenthum an dieser Sache auf Denjenigen zu übertragen,

welcher das Angebot der Eigenthumsübertragung zwar genehmigt, aber die in dem Angebot vorausgesetzte, gewissermaßen auf der Eigenthumsübertragung ruhende Last der Zahlung eines Kaufpreises übernehmen zu wollen nicht erklärt hat. Würde sich der Acceptirende die Entschließung darüber, ob er seinerseits die zum Kauf angebotene Sache annehmen und dafür den Preis erlegen wolle, vorbehalten können, während er durch seine Erklärung den Anderen nach Inhalt der Offerte bindet, so würde er in der That Mehr annehmen, als ihm geboten worden.

Auch das Angebot, Jemandem Geld zum Darlehn geben zu wollen, setzt die Bereitwilligkeit des Anderen, dasselbe auch zu nehmen, voraus und es ergibt sich somit aus allgemeinen Grundsätzen, daß ein pactum de mutuo dando gar nicht anders zu denken ist, denn als gleichzeitiges p. d. m. accipiendo. Es kann absolut nicht Jemand zu einem Geben verpflichtet sein, ohne daß ein Anderer zum Annehmen verpflichtet ist. Es liegt deshalb in der Natur des Vertrages über ein zu gebendes und zu nehmendes Darlehn, daß, wie auf das Hergeben, so auch auf das Annehmen muß geklagt werden können und zwar mit der schließlichen Wirkung, daß gerechtfertigte Deposition der besprochenen Summe die Verbindlichkeit des Darleihers löst und ihn berechtigt, die Erfüllung Seitens des Borgers, also etwaige Verzinsung und schließliche Rückzahlung ganz ohne Rücksicht darauf zu verlangen, ob Borger das Geld thatsächlich in seine Hände bekommen hat, oder nicht.

Wie nämlich die altrömische conventio, welche in der res gewissermaßen als geistiger Gehalt steckte, nicht blos die Willenseinigung, daß gegeben und genommen werden sollte, sondern auch die Verständigung darüber enthielt, mit welcher Rechtswirkung das Geben und Nehmen erfolgen solle, so liegt auch in der dem heutigen Consensualcontrakte angehörigen Verpflichtung,

ein Darlehn anzunehmen, die Verbindlichkeit, das empfangene Capital demnächst zu erstatten. Denn nicht schlechthin offerirt, wer sich zur Hergabe eines Darlehns verpflichtet, den Erwerb eines Capitals, sondern mit der darauf ruhenden Last dereinstiger Rückgabe. Die Annahmeerklärung enthält also nach dem schon entwickelten Princip des § 83. I. 5. A. L.-R. die Erklärung, die Last mit übernehmen, also später restituiren zu wollen.

Hiermit dürfte wohl als erwiesen erachtet werden, daß heutigen Tags auch diejenige obligatio, welche das römische Recht, als die einzig und allein beim mutuum vorkommende, re, ex re entstehend sich gedacht hat, ebenso, wie die dem römischen Recht unbekannten Obligationen des Gebens und Nehmens des Darlehns, zu Stande kommt, daß also die Verpflichtung, zum Darlehn Gegebenes zurückzuerstatten, nicht erst durch das Geben und Empfangen, sondern durch die in einem zweiseitigen Vertrage über das Geben und Nehmen des Darlehns niederzulegende „Willenseinigung" der Contrahenten, „consensu", geschaffen wird.

Durch das Nebeneinanderhalten römischer und heutiger Auffassung stellt sich also für eine consequente Behandlung des Darlehnsvertrages folgende Alternative heraus:

> „entweder schließt die reale Natur des Darlehns die „Möglichkeit einer obligatio auf Hergabe, resp. auf „Annahme eines Darlehns aus, oder es schließt die „obligatio, ein besprochenes Darlehn zu geben, resp. „anzunehmen, die Möglichkeit der realen Natur des „Darlehns aus."

Wie stellen sich nun zu dieser Alternative die heutigen Anhänger des realen Darlehnsvertrages bei ihrem gleichzeitigen Glauben an die consensuale Klagbarkeit des sogenannten pactum de mutuo dando? Sowohl praktische Gesetzgebung, wie theoretische Er-

örterung haben es wohlweislich durchaus vermieden, eine einfache Antwort auf die einfache Frage zu geben:

> Wenn Jemand mit einem Anderen den giltigen Vertrag geschlossen hat, durch welchen er sich zur Annahme, Verzinsung und Rückerstattung nach Ablauf eines gewissen Zeitraums, der Andere aber zur Hergabe des besprochenen Darlehns unter eben diesen Modalitäten sich verpflichtet hat, und wenn nun der andere seine Verpflichtung durch Hergabe der Summe erfüllt hat, — ist alsdann (nach Ablauf der Frist) der Borger „re“ oder „consensu“ verpflichtet, zurückzugeben?

In der That schwebt über dieser ganzen, so einfachen Angelegenheit ein geheimnißvolles Dunkel, welches auch für das A. L.-R. nicht als gelichtet anerkannt werden kann, wenn Foerster (Bd. 2. S. 247. Not. 80) in § 661. I. 11. im Widerspruch mit allen bisherigen Landrechts-Commentaren und mit der Auffassung des höchsten Gerichtshofs selbst „das Durchdringen des Gedankens, daß im heutigen Recht das Darlehn nicht mehr Realvertrag ist, daß das Hingeben solvendi causa geschieht“ erkennen will. Es müssen also erst die Gesichtspunkte selbst aufgestellt werden, von denen aus etwa das Nebeneinanderbestehen eines consensualen Vertrages „über ein Darlehn“ und des realen Darlehn-Vertrages selbst betrachtet werden könnte, bevor an deren Widerlegung herangetreten werden kann.

In dieser Beziehung nun sind im Sinne der Vertheidiger der Realverträge drei Möglichkeiten zu constatiren. Entweder nämlich entsteht die alte obligatio der Rückgewähr bald consensu, bald re, je nachdem dem Geben ein Vertrag, geben und nehmen zu wollen, vorausgegangen ist (so daß das Geben lediglich Vertragserfüllung ist), oder nicht (sodaß Geben-Wollen und

Geben, Nehmen-Wollen und Nehmen uno actu vor sich geht); — oder die obligatio der Rückgewähr entsteht nur und ausschließlich ex re, insofern der Vertrag „über ein Darlehn" als pactum de contrahendo aufgefaßt wird, dessen Gegegenstand also der re zu bewirkende Abschluß des Hauptvertrages „Darlehn" ist; — oder endlich entsteht die obligatio der Rückgewähr wieder ausschließlich ex re, insofern die Möglichkeit einer obligatio auf Annahme eines besprochenen Darlehns gänzlich negirt, also die Zweiseitigkeit des Vertrages „über ein künftiges Darlehn", wie dies im Allg. Landrecht geschehen, überhaupt willkürlich in Abrede genommen wird.

Behufs Beseitigung der erstgedachten Möglichkeit wird aus dem oben für das römische Recht Gesagten in Erinnerung zu bringen sein, daß die der res der mutui datio innewohnende conventio als identisch bezeichnet wurde mit dem sog. pactum de mutuo dando: daß nämlich dem Geben selbst die Willenseinigung, daß und wie gegeben und genommen werden solle, voraufgegangen sein muß. Hat sich im ferneren Verlauf dieses Versuchs gezeigt, daß dieses pactum de mutuo dando im heutigen Recht ein zweiseitiger Consensualcontrakt über Nehmen und Geben geworden ist, resp. als solcher erkannt werden muß, so folgt hieraus für das heutige Recht, daß das thatsächliche Hingeben unter allen Umständen den Consensualcontrakt als einen früher dagewesenen voraussetzt, mit andern Worten: daß das Geben im Verhältniß zu der Willenseinigung, geben und nehmen zu wollen, stets als etwas Zukünftiges, Späteres angesehen werden muß und daß es hierbei darauf nicht ankommen kann, ob dieses spätere Geben sehr viel später, oder vielleicht in sofortigem Anschluß an die Willensvereinigung erfolgt.

Wie und wann immer also die Willenseinigung zum Abschluß gelangt, ob das Geben erst ein Jahr darauf erfolgen

soll, oder ob die blos stumme Gewährung eines nachgesuchten Darlehns von dem sofortigen Zuzählen des Geldes begleitet wird: stets wird das Geben als Folge der Willenseinigung, also als Erfüllung des in der Willenseinigung perfekt gewordenen Vertrages erscheinen. Darin also eine Grenze zwischen Real- und Consensualobligation zu finden, ob zwischen Willenseinigung und Ausführung ein gar nicht zu bemessender Zeitraum verfließt, dürfte wohl als ganz unzulässig zurückzuweisen sein. Als ebenso willkürlich aber würde eine Anknüpfung an das von dem einen oder anderen Gesetzbuch etwa aufgestellte Requisit einer bestimmten Abschlußform des Consensualcontraktes zu verurtheilen sein. In dieser Beziehung könnte unterschieden werden: die obligatio der Rückgewähr entsteht „consensu", wenn ein in giltiger Form abgeschlossener Vertrag über ein künftiges Darlehn vorliegt; wo ein solcher aber nicht vorhanden, müsse, wenn trotzdem das Geben erfolgt, die „res" ausnahmsweise als Entstehungsgrund obiger Obligation anerkannt werden. — Es läge aber auf der Hand, daß dies Vertragsform und causa obligationis verwechseln, identificiren hieße, eine Maßnahme, welche, wie gezeigt, selbst dem darin am weitesten gehenden Allg. Landrecht fern liegt. Wo also bei Nichtigkeit des Geschäfts eine bestimmte Form für Abschluß des Vertrages über ein zu gebendes und zu nehmendes Darlehn vorgeschrieben ist, da entsteht streng genommen durch das auf Grund eines blos mündlichen Vertrages erfolgende Hingeben eine obligatio zur Rückgewähr ex causa mutui nicht, sondern lediglich die Verpflichtung, das ohne Rechtsgrund Empfangene schlechthin zurückzugeben.

Schwerlich aber wird ein Gesetzbuch der Billigkeit sich so weit verschließen, daß es nicht anordnete, der blos mündlich geschlossene Vertrag solle doch dann giltig sein, wenn er durch Hingabe und Annahme bereits theilweise erfüllt worden ist, wie dies z. B. das

A. L.-R. bezüglich des Schenkungsvertrages mit gewissen Modificationen in §§ 1090. 1091. 1041. bestimmt hat. Alsdann aber wird immer in dem, durch das Geben gewissermaßen ratihabirten Vertrage, also im consensus, nicht in dem Geben, ex re, der Verpflichtungsgrund gesucht und gefunden werden müssen. Leider gestatten es die übrigen Bestimmungen nicht, diesen Gedanken auch in § 661. I. 11. ausgesprochen zu finden, wie dies gegen Foerster (Bd. 2. S. 241. 247. Not. 80.) später zu erörtern sein wird.

Eine größere Berechtigung hat anscheinend die Unterscheidung zwischen pactum de mutuo dando als pactum de (re) contrahendo und dem Hauptvertrage, dem Realvertrag mutuum selbst; aber wieder nur scheinbar.

Wieder sind es die leidigen sog. Realcontrakte, welche auch in dieser Beziehung den Stein des Anstoßes für die Consequenz der heutigen Rechtswissenschaft bilden. Daß das pactum de contrahendo mit dem Hauptvertrage dann, wenn letzterer selbst ein Consensualvertrag ist, wesentlich Eins ist, das hat man wohl kaum jemals bezweifelt. Auch hier wieder sei es gestattet, Worte Foerster's (Bd. I. S. 419.) zu citiren:

> „Von solchen s. g. Traktaten sind verschieden die vor-
> „bereitenden Verabredungen (pacta de contrahendo),
> „welche, weil sie schon Vereinbarungen geworden sind,
> „gegenseitig binden und zwar dahin, daß der eigent-
> „liche Vertragsabschluß nachfolgen müsse. Daraus er-
> „gibt sich aber, daß derartige vorbereitende Verabredun-
> „gen im heutigen Recht, wo alle Verträge als Consen-
> „sual-Verträge aufgefaßt werden, ihre Bedeutung verloren
> „haben: der vorbereitende und der Hauptvertrag fallen
> „zusammen. Nur soweit man noch von Realverträgen
> „sprechen kann, d. h. von solchen, deren Inhalt durch
> „Geben und Zurückgeben erschöpft wird, mag der Ver-

„abredung, geben zu wollen, eine selbständig verbindende „Kraft beigelegt werden — aber auch hier ist streng„genommen die daraus hervorgehende Klage auf das „Geben die Klage auf Erfüllung.“ [64])

Wir erfahren also zunächst, daß im heutigen Recht die bindenden pacta de contrahendo ihre Bedeutung verloren haben, weil alle Verträge Consensualverträge geworden sind. Daraus resultirt die Frage, in welchem früheren Rechte, das noch andere, als Consensualverträge, gekannt hätte, diese p. de contrahendo eine Bedeutung gehabt haben? Die Frage dürfte unbeantwortet bleiben, da das römische Recht, das einzige bekannte Recht, welches andere als Consensualverträge kannte, doch sicher bindende „pacta de contrahendo“ überhaupt nicht gekannt hat. Nirgends in den Quellen wird von einem Vertrage gesprochen, der den Abschluß eines Vertrages zum Gegenstande gehabt hätte, und wenn wir über dieses Thema eine Autorität des Pandektenrechts, z. B. Arndts, zu Rathe ziehen, was erfahren wir da?: daß das Ergebniß von Unterhandlungen über einen einzugehenden Vertrag schon in bindende Verträge (pacta praeparatoria) gefaßt und so namentlich vorerst festgestellt werden könne, daß ein gewisser Vertrag geschlossen werden solle, pacta de contrahendo, woraus denn ein Anspruch auf das Interesse wegen nicht erfolgender Abschließung des verabredeten Vertrags hervorgehen könne, wie l. 68. D. de Verb. Oblig. beweise. [65])

Diese Worte im Verein mit dem Citat bestätigen — freilich ganz und gar **gegen** ihre Absicht — evident die vorausgeschickte Behauptung, wonach das römische Recht Verein-

[64]) Würde nicht der letzte Satz prägnanter so lauten müssen? „aber auch hier geht streng genommen die Erfüllungsklage nicht auf Vertragsabschluß, sondern auf Uebergabe.“

[65]) Worte und Citat aus Arndts Pandekten § 231.

barungen, durch welche die Contrahenten dahin gebunden worden wären, daß der eigentliche Vertragsabschluß nachfolgen müsse, aus welchen also eine Klage auf Vertragsabschluß entsprungen wäre, ganz und gar nicht gekannt hat. Wenn im Fall der oben ausführlich besprochenen l. 68. D. d. V. O. das Interesse für den Fall liquidirt werden konnte, daß ein schon besprochener Darlehnscontrakt nicht geschlossen werden sollte, so entsprang dieses Recht des stipulator nicht dem gar nicht existirenden pact. de contrahendo, sondern lediglich dem Stipulationscontrakte, welcher, wie jedes andere beliebige Thun oder Leisten, so auch das „einen Vertrag Schließen" zum Gegenstande haben konnte.

Somit wäre denn auch die Entstehungsgeschichte der sogenannten pacta de contrahendo zurückgeführt auf das leidige Mißverständniß der gemeinrechtlichen Wissenschaft, vermöge dessen das Verhältniß des consensus, ein Darlehn zu geben und anzunehmen, zu dem Geben selbst verkannt, resp. ersterer von letzterem unnatürlich losgerissen, und der so verkehrt gewonnene Schein eines selbständigen und nur klaglosen Vertrages mit dem unseligen Namen pactum de mutuo dando, resp. de mutuo contrahendo bezeichnet wurde. „Dare" mutuum bedeutet nichts anderes, als mutuum contrahere, weil eben das Geben nach römischer Anschauung die contrahirende Kraft hatte, pactum de mutuo contrahendo ist also derselbe Begriff, wie pactum de mutuo dando, d. h. Etwas nur in der Phantasie des gemeinen Rechts Existirendes.

Der „Fluch der bösen That" bethätigte sich aber auch hier. Während die Erfinderin der pacta de contrahendo, die gemeinrechtliche Wissenschaft, diesen vagen Begriff ursprünglich nur in Beziehung auf die Realcontrakte erdacht hatte, flachte sich das Verständniß für diese Beziehung allmälig immer mehr ab und

so tritt in der neueren Rechtswissenschaft das pact. de contrahendo als ein ganz genereller präparatorischer Vertrag auf, der den Abschluß eines jeden beliebigen definitiven Vertrages, mochte dieser früher Litteral- oder Verbal- oder Consensualvertrag gewesen, resp. gegenwärtig Consensual- oder Realcontrakt sein, zum Gegenstande haben kann. Freilich hat die Wissenschaft diese selbst geschaffenen Schwierigkeiten, wie Foerster's oben citirte Darlegung beweist, in der Hauptsache längst wieder überwunden, es bleibt aber immer noch das Verhältniß des präparatorischen Consensualvertrages zu dem angeblich realen Definitiv-Vertrage aufzuklären, um durch den Nachweis, daß auch hier, nicht blos „streng genommen", sondern unter allen Umständen schlechthin nur ein einheitlicher consensueller Vertrag vorliegt, die angebliche causa „res" definitiv aus deutscher Rechtsanschauung zu verbannen.

Und zu diesem Resultate soll eine Beleuchtung der Gründe verhelfen, welche für die Erkenntniß der wesentlichen Einheitlichkeit eines pactum de contrahendo mit dem consensuellen Hauptvertrage maßgebend waren.

Erwägt man, daß „Vertragschließen": sich verpflichten, freiwillig seinen Willen binden heißt, so bedeutet „einen Vertrag eingehen über einen zu schließenden Vertrag" so viel, als:

> sich verpflichten, daß man sich verpflichten wolle,

oder:

> seinen Willen dahin binden, daß der Wille gebunden werden solle.

Hierin aber liegt offenbar so zu sagen ein logischer Pleonasmus: das „sich verpflichten", „seinen Willen binden" ist ein lediglich im Geiste des Menschen innerlich sich vollziehender und nur durch das, worauf die Verpflichtung gerichtet ist, äußerlich sich be-

thätigender Vorgang. Der Gegenstand, das Objekt der Verpflichtung kann also nur etwas äußerlich Erkennbares, sinnlich Wahrnehmbares sein, also ein Handeln, Thun, Geben, Unterlassen, Dulden u. s. w., nicht aber wieder eine blos abstrakte Geistes- resp. Willensthätigkeit[65a]): man kann sich nicht „zu einer Verpflichtung" verbindlich machen. Folgt hieraus, daß, wenn eine derartig pleonastische Erklärung wirklich abgegeben wird, die schließliche Gebundenheit des Willens bereits auf die erstere Erklärung zurückzuführen ist[66]), so ist, wenn nicht von vornherein gesagt ist, auf welche concrete Leistung die Verpflichtung gerichtet sein soll, eine giltige, rechtlich wirksame Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben worden. Ist dagegen der Gegenstand der definitiven Verbindlichkeit von vornherein in die Erklärung mit aufgenommen, so ist auch der Wille schon von vornherein nicht blos auf das „sich binden wollen", sondern direkt auf das concrete Objekt der Willensrichtung gebunden.

[65a]) Man kann sich z. B. nicht verpflichten: „für Jemanden Freundschaftsgefühle zu hegen", „an Etwas Wohlgefallen zu finden" u. s. w.

[66]) Grade das Umgekehrte findet bei der conditio: „si velim, si volam" Statt. Wer eine Verpflichtung eingeht unter der Bedingung, daß er wollen werde, der sagt damit noch Nichts, verpflichtet sich noch zu Nichts: wer sich dagegen verpflichtet, sich verpflichten zu wollen, ist damit schon verpflichtet. Der Wille, vom Willen abhängig gemacht, ist noch gar kein Wille, die etwa später abgegebene Erklärung, verpflichtet sein zu wollen, ist neuer Wille; die Erklärung einer Verpflichtung, erzeugt durch eine frühere hierauf gerichtet gewesene Pflicht, ist alte Verpflichtung: indem der Wille verspricht, sich binden lassen zu wollen, spricht er bereits seine Gebundenheit aus; einer wiederholten Erklärung bedarf es nicht. In letzterer Beziehung kann eine gewisse Analogie in dem Fall gefunden werden, wenn Jemand durch Urtel für schuldig erklärt wird, eine Willenserklärung abzugeben, Etwas anzuerkennen, einzuwilligen u. s. w. Hier bindet das Urtel den Willen und spricht diese Gebundenheit aus; ersetzt also die Erklärung des Verurtheilten, welche er freiwillig nicht abgeben wollte. Die Möglichkeit liegt nicht vor, die Abgabe der Erklärung etwa durch Exekution zu erzwingen, aber es ist auch kein Bedürfniß dafür vorhanden: die Erklärung gilt als abgegeben, sobald das Urtel die Verpflichtung zur Abgabe constatirt.

Schließt also beispielsweise A. mit B. einen Vertrag des Inhalts, daß sich beide verpflichten, mit einander einen Kaufcontrakt über das dem A. gehörige Haus zu schließen, so bedeutet dies für A.:

> daß A. sich verpflichtet, sich dem B. zur Eigenthumsübertragung an dem ihm — dem A. — gehörigen Hause verbindlich zu machen.

Kann dies aber etwas Anderes bedeuten, als daß A. sich verpflichtet, dem B. sein Haus eigenthümlich zu überlassen?

Andrerseits verpflichtet sich B.,

> sich dem A. zur Zahlung eines Kaufpreises für das ihm eigenthümlich zu überlassende Haus des A. verbindlich zu machen;

erscheint nicht B. als von vornherein zur Zahlung des Preises gegen Empfang des Hauses verbunden?

Noch augenscheinlicher tritt die Bedeutung der ursprünglichen Erklärung, also des Vorvertrages, hervor, wenn man die Gegenseitigkeit des vorbehaltenen Vertrages ins Auge faßt. Wenn aus dem Vorvertrage die Verpflichtung eines Jeden der beiden Contrahenten hergeleitet werden soll, nicht dies oder Jenes zu thun, zu geben u. s. w., sondern „einen beiderseitige Verpflichtungen involvirenden Vertrag abzuschließen", so müßte ein jeder der Contrahenten für sich als **dazu** verpflichtet gedacht werden können, die künftige Willensvereinigung Beider über die einzuräumenden Rechte seinerseits und ohne Mitwirkung des anderen Theils hervorzurufen! Wie aber soll ein Contrahent als dazu verpflichtet gedacht werden, den Willen des Anderen mit dem seinigen in Einklang zu bringen, da ihm eine Einwirkung auf den Willen des Anderen an sich versagt, er selbst aber nicht gehalten ist, sich unbedingt der Willkür des Anderen zu unterwerfen.

Es muß also ein angeblicher Vorvertrag über einen abzuschließenden Definitivvertrag nicht blos den Gegenstand dieses künftigen Vertrages bezeichnen, sondern muß auch die Willenseinigung der Contrahenten über alle diejenigen Punkte vorwegnehmen, welche zu dem Wesen dieses künftigen Vertrages gehören[67]), mit anderen Worten: er muß dieser angeblich erst zu schließende Vertrag selbst sein und in letzter Consequenz deshalb auch denjenigen Formvorschriften entsprechen, welche eine concrete Gesetzgebung für den Hauptvertrag vorschreibt. Fehlt dem Vorvertrage eines der Requisite des Hauptvertrages, so kann er eine Verpflichtung zur Nachholung des Fehlenden nicht bewirken, also nicht einmal eine Klage auf Nachholung der vorbehaltenen wesentlichen Form erzeugen. Entspricht er dagegen allen Erfordernissen des Hauptvertrages, ist er also dieser selbst, so erzeugt er nicht die Klage auf Abschluß des Hauptvertrages, sondern die Klagen, die der Hauptvertrag selbst erst erzeugen würde, nämlich auf Erfüllung, Leistung des Versprochenen.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf das pactum de mutuo contrahendo und den Hauptvertrag mutuum (mutui datio) specialisirt sich die Verpflichtung des künftigen Borgers dahin:

> A. verpflichtet sich, sich dem B. durch Empfang einer in sein — des A. — Eigenthum zu übertragenden Geldsumme zu deren Rückerstattung verbindlich zu machen,

und es kommt alles vorher Gesagte auch hier zur Geltung. Diejenige Gebundenheit des Willens des A., welche erst durch den späteren Empfang hervorgerufen werden soll, ist bereits vorhanden, sobald A. die ursprüngliche Erklärung, nach welcher er verpflichtet sein will, abgegeben hat, und wenn der künftige Darleiher aus dem pactum de mutuo contrahendo gegen den

[67]) Wenn in dem oben gegebenen Falle die Vereinbarung des Preises fehlt, so kann aus dem Vertrage gar keine Klage entstehen.

zukünftigen Schuldner soll klagen können, so kann er die Klage nicht darauf richten, daß jener verurtheilt werde, durch Empfang der Geldsumme zu deren Rückerstattung verpflichtet zu sein, resp. sich verpflichten zu lassen,[67a]) sondern nur darauf, daß jener zur An- und Abnahme verurtheilt werde. Diejenige Willenseinigung also, welche dem Geben selbst innewohnen müßte, um ihm die obligirende Kraft der causa obligationis zu verleihen, hat sich, losgetrennt von dem Geben, in einem selbständigen Vertrage vollzogen; das Geben erfolgt entkleidet dieser seiner Bedeutung: die reale Natur der Darlehnsobligation ist auch hier abhanden gekommen.

Wie das alte sogen. pactum de mutuo dando synonym war mit pact. de mutuo contrahendo, so ist der heutige sogenannte präparatorische Vertrag über ein künftig (angeblich re) zu begründendes Darlehn thatsächlich identisch mit dem oben für die deutsche Rechtsanschauung ermittelten zweiseitigen Consensual-Vertrage über das Geben und Nehmen eines Darlehns (nicht über das Schließen eines Darlehnsvertrages).[68])

[67a]) Interessant müßte es sein zu erfahren, welche Erfüllungsklage das sächs. Gesetzbuch beiden Theilen aus dem pactum de mutuo dando (§ 1069) gibt, da es doch das Darlehn in § 1067 als Realvertrag definirt! Soll etwa das bloße thatsächliche Hingeben von Geld ohne die röm. Conventio, die ja in § 1069 selbständiger Vertrag geworden, die obligatio ex re zu erzeugen im Stande sein? geht also das sächs. Gesetzbuch darin noch weiter, als das römische Recht?

[68]) Sollte es jemals vorkommen, daß zwei Contrahenten die gar Nichts bedeutende Form der Vertragschließung wählen, daß sie sich zur Abschließung eines Definitiv-Vertrages verpflichten, so kann (vorausgesetzt, daß alle Requisite des Definitiv-Vertrages vorhanden sind) dies nur unter zwei Gesichtspunkten gedacht werden: entweder haben sich Contrahenten die Nachholung einer unwesentlichen Form vorbehalten (= punctation) oder die für gewöhnlich alsbald eintretende Erfüllung soll auf einige Zeit aufgeschoben sein.

Ist es dagegen im Zweifel gelassen, ob überhaupt die Erfüllung eintreten soll, so ist nach Umständen gar Nichts, oder ein bedingter Vertrag vorhanden.

Wenn die von den oben aufgestellten drei Gesichtspunkten noch übrig gebliebene Möglichkeit, das Fortbestehen des realen Darlehns neben dem consensualen pactum de mutuo dando zu erklären, als solche, nämlich als Möglichkeit, bezeichnet worden ist, so muß hier ganz insbesondere wiederholt betont werden, daß diese Bezeichnung aus dem Sinne der Anhänger des Realcontrakts gewählt ist. Thatsächlich nämlich erbringt diese Auffassung den Beweis der Unmöglichkeit dieses Nebeneinanderbestehens, indem sie, ohne es zu wissen und zu wollen, auf rein römisch rechtlichem Standpunkt steht und demgemäß einen selbständigen Consensualcontrakt über ein künftiges Darlehn überhaupt negirt.

Dies soll an den Bestimmungen unseres allgemeinen Landrechts nachgewiesen werden, zumal gerade in ihnen die Principwidrigkeit und Bewußtlosigkeit dieses exklusiv römischen Standpunktes am deutlichsten hervortritt.

Der schon besprochene Charakter des A. L.-R. und sein Verhältniß zu dem damals geltenden Recht berechtigt zu der Voraussetzung, daß in demselben das klagbare pact. de mutuo dando zu finden sein werde, und so erwarten wir unter dem Marginale des § 654: „Von Verträgen über künftige Darlehne" den zweiseitigen Consensualcontrakt über ein zu gebendes und zu nehmendes Darlehn vielleicht mit einem Anklang an den Begriff pactum de contrahendo definirt zu sehen. Jedenfalls war das insofern allerdings befremdliche Marginale von Verträgen (anstatt vom Vertrage) nicht geeignet, uns darauf vorzubereiten, daß wir thatsächlich in § 654 nur die einseitige Verpflichtung des Darleihers zum Geben auf Grund giltigen Versprechens anerkannt finden sollen. Sollten wir noch daran zweifeln, ob denn auch das blos einseitige Versprechen ohne die correspondirende Verpflichtung zum Annehmen schon als fertiger, ordentlicher Ver-

trag anzusehen sei, so beeilt sich § 655 uns darüber, daß dies in der That der Fall sei, aufzuklären. Es soll also von dem bis jetzt noch zu Nichts Verpflichteten, lediglich Berechtigten, auf Hergabe der versprochenen Darlehnsvaluta geklagt werden können! Würde dieser Klage nicht sofort der Einwand entgegengesetzt werden können, es sei zu früh geklagt, da Borger bisher nicht einmal seine Absicht, von seiner Berechtigung Gebrauch machen zu wollen, viel weniger aber erklärt habe, daß er auch seinerseits — die vielleicht bedungenen Zinsen zu zahlen sich verpflichte? Sollte etwa eine solche Erklärung durch Anstellung der Klage ersetzt werden können, während dieselbe doch jederzeit zurückgenommen werden kann? Könnte nicht schließlich Borger die erstrittene und durch Exekution beigetriebene Summe zurückweisen und so von der obligatio ex mutuo freibleiben, da eine Verpflichtung, anzunehmen, für ihn bisher nicht entstanden? Somit findet § 654 seine Verurtheilung in dem schon oben ausgeführten Princip über die Entstehung zweiseitiger Verträge: daß nämlich die einseitige Verpflichtung innerhalb eines als gegenseitig intendirten Vertrages nicht getrennt von der correspondirenden Verbindlichkeit entstehen, also die einseitige Verpflichtungs-Offerte nicht anders, als durch gleichzeitige Uebernahme der gegentheiligen Verbindlichkeit, acceptirt werden könne. Nun bringt zwar nachträglich § 658 die Verpflichtung des Borgers, welcher das Darlehn gesucht hat[69]), dasselbe, wenn es schriftlich versprochen (?)[70]), anzunehmen, aber nicht etwa als integrirenden Bestandtheil **eines** zweiseitigen, in seiner Vorverpflichtung durch § 653 beurtheilten Vertrages, sondern als einen zweiten in dem Gebiet der Darlehnsgeschäfte möglichen und ganz zufällig neben

[69]) Soll das etwa heißen, daß derjenige Borger, welcher das Darlehn angeboten erhalten hat, zu gar nichts verpflichtet wird?

[70]) Ist die Annahme oder Hergabe schriftlich versprochen?

§ 653 tretenden Separatvertrag. Wenn Koch's Commentar (herausgegeben von Foerster ꝛc.) in Note 8 zu § 658 von einem förmlichen Vertrage, welcher bei § 658 vorauszusetzen sei, unter Hinweis auf § 654 spricht, so ist nicht recht einzusehen, ob es die in § 654 und 658 ausgesprochenen Verpflichtungen als einheitlichen Vertrag auffaßt. Sollte dies der Fall sein, so könnte eine solche Auffassung nur als willkürlich bezeichnet werden, denn einmal gehört zur Giltigkeit des Vertrages ex § 654 nur gewöhnliche Vertragsform (also Schriftlichkeit nur bei Objekten von über 50 Thlr.), während in § 658 in allerdings unverständlicher Weise von Schriftform schlechthin die Rede ist, — die Giltigkeit eines Vertrages kann doch aber nicht von zwei, nicht einmal cumulativ zu denkenden Formen abhängig sein —, sodann aber spricht das Marginale bei § 654, welches sich bis zum § 660 incl. erstreckt, von **Verträgen**. Innerhalb der §§ 654—660 wird aber nur von zwei Verträgen gehandelt, wenn man in § 654 den einen, in § 658 den anderen niedergelegt erblickt. Diesen Thatsachen gegenüber kann nicht einmal der von Koch gar nicht erwähnte Umstand ins Gewicht fallen, daß § 655 dem Borger neben der Erfüllungsklage ein Rücktrittsrecht vom Vertrage einräumt. Ein solches setzt allerdings eine in dem Vertrage, von dem man wieder soll abgehen dürfen, für den Zurücktretenden bestehende Verpflichtung voraus, da man von seiner eigenen Berechtigung doch unmöglich „zurücktreten" kann. Trotzdem kann nur bei obiger Trennung beharrt, und der Rücktritt ex § 655 als einer der vielen Fehltritte des A. L.-R. charakterisirt werden, hervorgerufen durch das richtige, aber nicht zum Bewußtsein und Ausdruck gelangte Gefühl von der Bedeutungslosigkeit einer einseitigen, des Aequivalents entbehrenden Verpflichtung, ein Darlehn zu geben.

Schließlich würde aber selbst eine von Erfolg gekrönte

Bemühung, im A. L.-R. einen aus den Verpflichtungen des § 654 und des § 658 zusammengesetzten einheitlichen Vertrag zu finden, gar keinen existenzberechtigten, normalen zweiseitig lästigen Vertrag erzeugen, sondern lediglich eine Vertrags-Mißgeburt. § 659 l. c. nämlich macht mit einem Schlage die etwaigen Errungenschaften des gemeinrechtlichen Satzes von der Klagbarkeit aller pacta für den Darlehnsvertrag zu nichte, macht durch die Negation einer obligatio auf „Annahme" eines besprochenen Darlehns auch die correspondirende, bereits anerkannte obligatio, ein Darlehn zu **geben**, wieder völlig illusorisch, und zwingt die preußisch-rechtliche Auffassung des Darlehnsvertrages unbewußt, aber unwiderstehlich in die Banden des schon fast überwundenen alt-römischen Realismus und Formalismus zurück.

Die Unterscheidung zwischen naturalis und civilis obligatio ist deutschem Rechtsbewußtsein fremd geblieben. eine jede obligatio ist klagbar, resp. eine klagbare Verpflichtung ist eine obligatio, eine klagloſe obligatio ist gar keine obligatio. Auch die stipulatio war als fremd von deutscher Anschauung zurückgewiesen worden: der Satz: quia id venit in stipulationem, quod mea interest (l. 68. D. d. V. O.) hatte keine Aufnahme gefunden, mit anderen Worten: eine direkte Klage auf das Interesse aus einer obligatio ist deutschem Rechtsbewußtsein fremd, die Klage geht stets direkt auf den Inhalt der Verbindlichkeit selbst. Demnach kann ein zweiseitig lästiger Vertrag nur so gedacht werden, daß jeder der beiden Contrahenten gerade darauf, darin „Schuldner" wird, worauf, worin der andere „Gläubiger" werden soll: es kann dem Verkaufen nur das Kaufen, dem Vermiethen nur das Miethen, dem Darlehn-Geben nur das Darlehn-Nehmen correspondiren. Ein Vertrag, durch welchen der eine Theil zur Hergabe eines Darlehns, der andere Theil aber

zu irgend etwas Anderem, als zur Annahme, welche die weiteren Verpflichtungen der Verzinsung, Rückzahlung ꝛc. involvirt, sich verpflichtet, resp. verpflichtet wird, ist eine Monstrosität, ein Unding. Es darf nur keine Verwechselung zugelassen werden etwa mit einem Falle, in welchem dem einen oder anderen Contrahenten der Rücktritt von seiner Verpflichtung etwa gegen Entschädigung oder Zahlung von Reugeld vertragsmäßig vorbehalten wird, oder mit dem Fall, daß der eine Theil sich seine Erklärung über Abschluß des intendirten Vertrages auf eine gewisse Zeit vorbehält, während welcher der andere Theil an seine Offerte gebunden bleiben soll.

Beide Fälle setzen ja gerade die Rechtsgiltigkeit der fraglichen Obligation voraus; im ersteren Falle ist sie bereits durch die Willenserklärung in bindender Weise, aber unter einer auflösenden Bedingung entstanden; im letzteren Falle ist überhaupt ein Vertrag noch nicht vorhanden, die Verpflichtung unter der Bedingung si volam ist gar keine Verpflichtung, aber die Verpflichtung ist eben nur noch zukünftig, und schon jetzt möglich: sie kann jeden Augenblick durch Abgabe der entsprechenden Erklärung eintreten, und damit wird der beabsichtigte Vertrag perfekt. Anders hier: in dem angeblichen, aus § 654 und 658 I. 11. sich aufbauenden Vertrage ist mit der Erklärung des Borgers, annehmen zu wollen, eine Verpflichtung, eine obligatio, anzunehmen, weder schon geschaffen, noch kann sie hinterher irgend wie geschaffen werden: sie existirt eben für das A. L.-R. überhaupt nicht.

Es kann aber leider nicht bezweifelt werden, daß § 659 die Klage auf Annahme eines Darlehns, auch wenn die Annahme giltig versprochen ist, ausschließt. Zwar will Foerster[71]) zwischen

[71]) Klage und Einrede S. 412.

der Weigerung des Borgers, anzunehmen, und bloßer Verzögerung der Annahme unterscheiden, und nur in ersterem Fall die Entschädigungsklage, in letzterem dagegen die Erfüllungsklage auf Annahme zulassen. Es kann aber diese Unterscheidung ebenso wenig, wie die Ansicht Koch's[72]), welcher unter allen Umständen nur die Schadenersatzklage gibt, gebilligt werden. Gewiß ist bloße Verzögerung der Annahme noch nicht Verweigerung und deshalb die Entschädigungsklage noch nicht begründet, andrerseits aber schließt doch die Verzögerung die Verweigerung nicht aus: so lange also die Annahme nicht faktisch erfolgt, oder die Verweigerung nicht ausdrücklich erklärt ist, muß dem Borger die Wahl, anzunehmen oder abzulehnen, offen gelassen werden: ersteres deshalb, weil Darleiher an seine Verpflichtung zum Geben auch bei verzögerter gegentheiliger Erfüllung gebunden bleibt; letzteres, weil Borger jederzeit die Annahme verweigern darf, selbst wenn er wiederholt und ausdrücklich, annehmen zu wollen, erklärt hat. Hiernach kann mit Gruchot[73]) nur alternativ auf Annahme oder Schadloshaltung nach Wahl des Borgers gegen letzteren geklagt werden.

Unter allen Umständen also wird die etwa thatsächliche Annahme mit derjenigen Freiwilligkeit erfolgen, welche dem Geben die Bedeutung zu verleihen geeignet ist, daß durch dasselbe, nicht durch die voraufgegangene Willenseinigung, die schließliche Verpflichtung des Rückgebens erzeugt werde. Nur insofern die consensuale Verpflichtung, eine Geldsumme als Darlehn, zum Darlehn anzunehmen, eo ipso in Folge des Begriffs „Darlehn" die Verpflichtung der Rückerstattung involvirte, konnte die letztere im Gegensatz zum römischen Recht

[72]) Commentar (herausgegeben von Foerster ꝛc.) Nr. 9 zu § 659; desselben: Recht der Forderungen Bd. III. S. 254.

[73]) Glosse zum Landrecht, Beitrag 12 S. 667.

als consensu entstehend gedacht werden. Fällt die obligatio der Annahme, so entsteht die Rückgewährsverpflichtung, mag die Hergabe auf Grund einer angeblich rechtsgiltigen, thatsächlich aber in sich unmöglichen Verpflichtung zum Geben, oder ohne eine solche erfolgen, allemal und schlechterdings „re“, wie ja auch umgekehrt die römische Anschauung, indem sie das Darlehn als Realvertrag auffaßte, die Möglichkeit einer obligatio, ein Darlehn anzunehmen, und (consequenter Weise) einer solchen auf Hergabe absolut ausgeschlossen hat.

Daß diese römische Consequenz dem A. L.-R. fern gelegen hat, beweist zur Genüge der mißglückte Versuch, neben dem realen mutuum selbst die consensuelle obligatio, ein Darlehn zu geben, in rein äußerlichem und mißverständlichem Anschluß an das pactum de mutuo dando bestehen zu lassen. Wenn nun schon das gemeine Recht aus dem klagbar gewordenen pactum de mutuo dando nicht blos auf Hergabe, sondern auch auf Annahme des Darlehns eine Klage hergeleitet hatte[74]), so kann die Bestimmung des § 659 nur der Absicht der Redaktoren, von den römisch-rechtlichen Principien nicht ohne zwingenden Grund abzuweichen und deshalb das gemeine Recht dort, wo es anscheinend über Bedürfniß reformirend aufgetreten war, wieder zu reprobiren, entsprungen sein.

Wie die oben citirte Auslassung Foerster's beweisen dürfte, war man nämlich offenbar der irrthümlichen Meinung, daß zwischen l. 30. D. XII. 1. und l. 68. D. d. V. O. ein principmäßiger, wesentlicher Unterschied bestehe, insofern, wenn das pactum de mutuo dando in Stipulationsform gehüllt worden wäre, zwar das Versprechen, ein Darlehn zu geben, eine gewisse Rechtsverbindlichkeit habe erhalten können, nicht aber das

---

[74]) Seuffert, Archiv Bd. X. S. 37.

Versprechen, ein Darlehn anzunehmen. Ueber diese Rechtswirkung selbst machte man sich nicht klar: ob im ersteren Falle auf Hergabe, dagegen im letzteren Falle nur auf das Interesse sollte geklagt werden können, oder ob der Unterschied darin bestand, daß im ersteren Falle eine Klage auf das Interesse, im letzteren Falle aber gar keine Klage entstand, das blieb dahin gestellt: genug, es bestand nun einmal ein eingebildeter [75]) Unterschied, welcher gewissermaßen die Hergabe-Verpflichtung besser und wirksamer hinstellte, als die Annahme-Verpflichtung. Diesen Unterschied nun, welchen das gemeine Recht durch die beiderseitige Klagbarkeit des pactum de mutuo dando nach der Ansicht der Landrechtsredaktoren vielleicht ohne Noth verleugnet hatte, fanden sich die letzteren wiederherzustellen gemüßigt, indem sie für unbillig erachteten, der jetzigen Vertragsform eine Wirksamkeit beizulegen, wo selbst die strenge stipulatio eine solche nicht gehabt hatte. Wie immer aber auch der Gedankengang der Redaktoren gewesen sein mag, das Bewußtsein dessen hat ihnen jedenfalls nicht innegewohnt, daß sie mit der Bestimmung des § 659 den Lebensnerv des deutschen Darlehnsvertrages durchschnitten und die consensuale Quelle der Rückgewährsobligation zu Gunsten und aus Mißverständniß solcher Bestimmungen definitiv verschütteten, welche gerade als Consequenzen der realen Natur der römischen mutui datio die unbedingte Negation eines selbständigen pacti de mutuo dando vel accipiendo zu dokumentiren berufen waren.

Somit wären denn die oben aufgestellten Möglichkeiten des Nebeneinanderbestehens des realen Darlehnsvertrages selbst und eines consensualen präparatorischen Vertrages über ein künftiges

[75]) Daß dieser Unterschied ein mißverständlicher, dürfte durch die oben gegebene Erläuterung der beiden Stellen als erwiesen zu erachten sein.

Darlehn widerlegt und es ergibt sich hieraus für eine sachgemäße Behandlung dieser Rechtsmaterie nur die eine strikte Alternative: entweder ist das mutuum, wie im römischen Recht, Realvertrag und es ist damit die Möglichkeit eines pactum de mutuo dando, also eine klagbare Verpflichtung, ein Darlehn zu geben und resp. zu nehmen, ausgeschlossen, oder es wird der zweiseitige Vertrag, durch welchen ein Contrahent, ein Darlehn zu geben, der andere, es zu nehmen, sich verpflichtet, als rechtsgiltiger Consensualcontrakt anerkannt und damit die Vorstellung, als ob die Rückgewährsverpflichtung erst „re“ entstünde, ein für alle Mal verbannt. Der Vertrag über ein Darlehn ist ebenso der eigentliche, alleinige Darlehnsvertrag, wie ein Vertrag über Kauf und Verkauf einer Sache der wirkliche definitive Kaufvertrag selbst ist. Die Verpflichtung, ein Darlehn anzunehmen, enthält die Verbindlichkeit der Rückerstattung in gleicher Quantität und Qualität; es entsteht diese Verpflichtung nicht erst durch den Empfang, re, sondern consensu. Wie ein jeder Vertrag, so kann auch der Vertrag über ein Darlehn, resp. der Darlehnsvertrag Modalitäten enthalten, welche nicht unbedingt zum Wesen desselben gehören, z. B. die Zinsverpflichtung, die Rückzahlungsverpflichtung auf bestimmte Zeit u. s. w., ohne daß diese Modalitäten in der Natur des Vertrages Etwas veränderten oder gar getrennt von dem Hauptvertrage eines besonderen Entstehungsgrundes bedürften. Endlich wird nicht zu übersehen sein, daß die Rückgewährs-Verbindlichkeit stets und unter allen Umständen consensu entstehen wird, auch da, wo die Erfüllung des formlos geschlossenen Uebereinkommens demselben auf dem Fuße folgt, resp. wo das Zustandekommen der Willensübereinstimmung von der Ausführung, dem thatsächlichen Geben und Nehmen begleitet wird. Es wird deshalb Sache der praktischen Gesetzgebung sein, diesen geläufigsten aller Contrakte von jeder

läſtigen Form zu befreien, oder von dem Erforderniß einer ſolchen doch wenigſtens in dem eben erwähnten Falle der ſofortigen theilweiſen Erfüllung deſſelben Abſtand zu nehmen. Deshalb ſind die Beſtimmungen des deutſchen Entwurfs des Obligationenrechts, welcher das Darlehn in Artikel 567 als Conſenſualcontrakt definirt und in Artikel 568 und 569 auch dem Darleiher die Klage auf Annahme gegen den Erborger gibt, mit Freuden als ein wichtiger Schritt zur Emancipation deutſchen Rechtsbewußtſeins und deutſchen, auf Treu und Glauben baſirenden Rechtsgefühls von veraltetem römiſch-realiſtiſchem Formenkram zu begrüßen.

Druck von G. Bernſtein in Berlin.

Druck von G. Bernstein in Berlin.

JUG LSW QVh
Der heutige, insbesondere land
Stanford Law Library
3 6105 044 562 994

DEMCO
PAMPHLET BINDER
Lithomount